

**Formfreie Vollmacht
bei formgebundenen Vertretergeschäften,
insbesondere bei
Grundstücksveräußerungsgeschäften?**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Peter Gerd Wülfing

aus Wuppertal Barmen

1962

Formale Vollmacht
bei formgebundenen Rechtsgeschäften
insbesondere bei
Grundstücksveräußerungsgeschäften

Inaugural-Dissertation
an der
Universität, Gesetz und Gesetz der Stadt
von der Fakultät der Jurisprudenz
an der Universität

Paul Carl Witting
an der Universität

**Formfreie Vollmacht
bei formgebundenen Vertretergeschäften,
insbesondere bei
Grundstücksveräußerungsgeschäften?**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

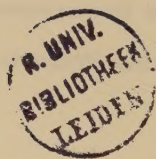
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Peter Gerd Wülfing

aus Wuppertal Barmen

1962



1. Berichterstatter : Prof. Dr. FIKENTSCHER
2. Berichterstatter Prof. Dr. GMÜR
3. Dekan : Prof. Dr. LUKES
4. Tag der mündlichen Prüfung : 19. Mai 1962

Inhaltsübersicht

=====

Formfreie Vollmacht bei formgebundenen Vertretergeschäften, insbesondere bei Grundstücksveräußerungsgeschäften ?

1. Kapitel	<u>Die Problemstellung der Abhandlung</u>	1 - 3
2. Kapitel	<u>Die grundsätzliche Einstellung zur</u> <u>Frage der Formfreiheit von Vollmachten</u>	3 - 11
§ 1	Die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches in § 167 Abs. II	3 - 4
§ 2	Die grundsätzliche Stellungnahme von Rechtsprechung und Schrifttum zu § 167 Abs. II BGB	4 - 10
§ 3	Die Lösungen anderer Rechtsordnungen	10 - 11
3. Kapitel	<u>Zur Anwendbarkeit des § 167 Abs. II BGB</u> <u>bei formpflichtigen Vertretergeschäften</u>	11 - 25
§ 4	Allgemeine Voraussetzungen	11 - 13
§ 5	Das Problem der Umgehung des § 167 Abs. II BGB	13 - 14
§ 6	Rechtsunsicherheit bei Vollmachterteilung zu einem formpflichtigen Vertretergeschäft	14 - 15
§ 7	Form des Vertretergeschäftes schon für die Vollmacht ?	16 - 17
§ 8	Sinn und Zweck des § 167 Abs. II BGB und der Formvorschriften des Gesetzes	17 - 21
§ 9	Gegenüberstellung von § 167 Abs. II BGB und § 313 Satz 1 BGB	21 - 25
4. Kapitel	<u>Die unwiderrufliche Vollmacht</u>	25 - 31
§ 10	Die Zulässigkeit ihrer Erteilung	25 - 26
§ 11	Das Problem der Bindung	26 - 27

§ 12	Die besondere Bedeutung des Kausalverhältnisses	27 - 28
§ 13	Die eigene Ansicht zur Formgebundenheit einer unwiderruflichen Vollmacht	28 - 31
5. Kapitel	<u>Die von der Beschränkung des § 181 BGB befreite Vollmacht</u>	31 - 36
§ 14	Der Grundsatz	31 - 32
§ 15	Der "Zweck" einer solchen Vollmacht	33 - 35
§ 16	Die eigene Stellungnahme hierzu	35 - 36
6. Kapitel	<u>Die sonstigen Fälle der Umgehung der gesetzlichen Formvorschriften durch Vollmachterteilung</u>	37 - 51
§ 17	Untrennbare Verbindung von Vollmacht und formpflichtigem Vertretergeschäft; eventuell Nichtigkeit der formlosen Vollmacht nach § 139 BGB	37 - 40
§ 18	Vollmachterteilung als einziger Tatbestandsbeitrag des Vertretenen am Vertretergeschäft	40 - 41
§ 19	Die Vollmacht legt bindend die Veräußerungsverpflichtung des Machtgebers fest	41 - 44
§ 20	Erteilung der Vollmacht an den Rechtsgeschäftspartner oder eine von diesem abhängige Person	44 - 45
§ 21	Die Vollmacht als "äußeres Gewand" der Veräußerungsverpflichtung	45 - 47
§ 22	Vollmachterteilung zur "Verschleierung" des in Wahrheit von den Parteien beabsichtigten Geschäftes	48 - 49
§ 23	Das Zusammentreffen von § 167 Abs. II BGB mit anderen Formbestimmungen des Gesetzes als § 313 Satz 1 BGB	49 - 51
7. Kapitel	<u>Die Meinungen der "Außenseiter" zum Problem dieser Abhandlung</u>	51 - 57
§ 24	Rechtssicherheit als Grundsatz und höchstes Ziel	51 - 52
§ 25	Ablehnung der einhelligen Auffassung, § 167 Abs. II BGB gelte unbeschränkt auch bei der Vornahme formgebundener Vertretergeschäfte	52 - 57

8. Kapitel	<u>Die eigene Lösung</u>	58 - 80
§ 26	Grundsätzliches über den Lösungsweg	58
§ 27	Die herrschende Repräsentationstheorie und die Vorschrift des § 167 Abs.II BGB	59 - 60
§ 28	Kritik an der Repräsentationstheorie	60 - 66
§ 29	Die Geschäftsherrntheorie; kritische Würdigung	66 - 67
§ 30	Die Vermittlungstheorie; ihre Wiederaufnahme durch Müller - Freienfels	67 - 69
§ 31	Müller - Freienfels' Stellvertretungslehre	69 - 72
§ 32	Müller - Freienfels' Anwendung seiner Stellvertretungslehre auf § 167 Abs.II BGB; der Grundsatz	72 - 74
§ 33	Kritik an der Auffassung von Müller - Freienfels zum Verhältnis seiner Stellvertretungslehre zu § 167 Abs. II BGB	74 - 75
§ 34	Die Bedeutung der Stellvertretungslehre von Müller - Freienfels in ihrer Anwendung auf die Vollmachterteilung zu formgebundenen Vertretergeschäften; der Grundsatz	75 - 76
§ 35	Formgebundene Vollmacht nur bei Vertretergeschäften, die zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen	76 - 80

Verzeichnis der zitierten Literatur
=====

1. Lehrbücher, Monographien, Dissertationen

- | | |
|----------------------|--|
| Asch | Der Grundstückskauf, 2. Auflage, Berlin 1926 |
| Bett, Stanislaus | Formfragen bei Grundstücksveräußerungen (§ 313 BGB), Dissertation, Leipzig 1911 |
| Brand-Schnitzler | Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 9. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957 |
| Buka, Felix | Über die Vollmacht zum obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrag (BGB § 313), mit besonderer Berücksichtigung der Blankovollmacht, Dissertation, Breslau, erschienen in Berlin 1914 |
| Denkschrift | Denkschrift zum Entwurf eines BGB, Berlin 1896 |
| Dernburg I | Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band I: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Auflage, Halle/S. 1902 |
| Dernburg II | Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band II / 1. Abteilung: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Auflage, Halle/S., 1905 |
| Ehrenberg | Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Band, 3. Abteilung, Leipzig 1929 |
| Enneccerus-Nipperdey | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960 |
| Esser | Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960 |
| Gottschalk | Die Vollmacht zum Grundstücksverkauf und zu anderen formbedürftigen Rechtsgeschäften, erschienen in der Reihe: Rechtsfragen der Praxis, Band 53, Leipzig & Berlin 1932 |
| Kersten - Künzel | Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Auflage, Köln & Berlin 1953 |
| Kipp - Coing | Erbrecht, 10. Auflage, Tübingen 1955 |
| Klimek, Georg | Die formlose Vollmacht zur Grundstücksveräußerung, Dissertation, Breslau 1931 |

Lehmann	Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage, Berlin 1957
Lewe, Viktor	Die Frage des Formzwanges für die Vollmacht zur Vornahme formbedürftiger Rechtsgeschäfte, Dissertation, Tübingen 1934
Mitteis, Ludwig	Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885
Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht, 2./3. Auflage, Tübingen 1928
Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Mugdan	Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1899
Oberneck	Das Reichsgrundbuchrecht, I. Band, 4. Auflage, Berlin 1909
Regelsberger	Pandekten, I. Band, Leipzig 1893
von Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 2. Hälfte, München & Leipzig 1918
Vetsch, Jakob	Die Umgehung des Gesetzes, Dissertation, Zürich 1917
Zitelmann	Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, II. Teil, Berlin 1890

2. Kommentare

Biermann u.a.	Kommentar zum BGB, Der Allgemeine Teil des BGB erläutert von Gareis, Berlin 1900
Erman	Handkommentar zum BGB, 2. Auflage, Münster/W. 1958
Hachenburg	Kommentar zum GmbH - Gesetz, I. Band, 6. Auflage, Berlin 1956
Klang	Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 2. Halbband, Wien 1934
Oertmann	Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927
Oertmann	Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928
Palandt	Kommentar zum BGB, 18. Auflage, München & Berlin 1959
Planck	Kommentar zum BGB, I. Band: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1913

- Planck Kommentar zum BGB, II. Band / 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 4. Auflage, Berlin 1914
- BGB - RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band / 1. Teil: Einleitung - Allgemeiner Teil - Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 10. Auflage, Berlin 1953
11. Auflage, Berlin 1959
- BGB - RGRK V. Band: Erbrecht, 10. Auflage, Berlin 1956
- Scholz Kommentar zum GmbH - Gesetz, 4. Auflage / 1. Lieferung, Köln - Marienburg 1959
- Seyboldt-Hornig-Lemmers Reichsnotarordnung, 3. Auflage, Leipzig & Berlin 1943
- Soergel BGB nebst Einführungsgesetz, III. Band, 8. Auflage, Stuttgart & Köln 1955
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band: Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 1 bis 432 BGB, 9. Auflage, Stuttgart 1959
- Staudinger Kommentar zum BGB, I. Band: Allgemeiner Teil 11. Auflage, Berlin 1957
- Staudinger Kommentar zum BGB, II. Band / 1. Teil: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 9. Auflage, München, Berlin & Leipzig 1930
- Staudinger Kommentar zum BGB, III. Band: Sachenrecht 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1956
- Staudinger Kommentar zum BGB, V. Band: Erbrecht / 1. Teil 11. Auflage, Berlin 1954
- Warneyer Kommentar zum BGB, 7. Auflage, Berlin 1938

3. Aufsätze

- Albrecht "Vollmachten zu Grundstücksveräußerungen" in Hanseatische Rechts- und Gerichts - Zeitschrift 1930, S. 267 ff
- Ashert "Umgehung des § 313 BGB durch Vollmacht" in Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1913, S. 795 ff
- Baur "Die Form der Vollmacht bei einer Grundstücksveräußerung" in Die Verwaltungspraxis 1951, S. 55 f
- Beneke "Auflassungsvollmacht im Scheinkaufvertrag" in Juristische Wochenschrift 1926, S. 36 f

- Bourrier "Umgehung der notariellen Form durch schriftliche Vollmacht" in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1912, S. 649 ff
- Dorst "Ist eine Änderung des § 313 BGB geboten, wonach ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf? Soll stattdessen Schriftlichkeit oder selbst mündliche Vereinbarung genügen?" in Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, I. Band, S. 18 ff, Berlin 1902
- Ebbecke "Formvorschriften" in Das Recht 1911, S. 633 ff
- Fischer "Auflassungsvollmacht im Scheinkaufvertrag" in Juristische Wochenschrift 1922, S. 191 ff
- Fülster "Auflassungsvollmacht im Scheinkaufvertrag" in Juristische Wochenschrift 1925, S. 2585 f
- Goltermann "Rechtsgültigkeit von Auflassungsvollmachten" in Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1922, (Jahrgang 22), S. 272 f
- Gottschalk "Die Vollmacht zur Vornahme formbedürftiger Rechtsgeschäfte" in Iherings - Jahrbücher für Dogmatik, Band 79, 1928, S. 212 ff
- Gottschalk "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 13. Februar 1928" in Juristische Wochenschrift 1929, S. 732
- Gottschalk "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 17. Januar 1930" in Juristische Wochenschrift 1930, S. 1300 ff
- Gottschalk "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 11. April 1929", in Juristische Wochenschrift 1929, S. 2942 f
- Grussendorf "Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts München vom 28. Juni 1950" in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1951, S. 34 ff
- Grussendorf "Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Juli 1952" in Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 1210 f
- Hallbauer "Ein juristischer Trick -oder: Wie umgeht man den § 313 BGB?" in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1909, Jahrgang 5, S. 165 f
- Hedemann "Beitrag zum Kampf gegen die Güterschlächter" in Recht und Wirtschaft 1912, S. 165 ff
- Hilderscheid "Die Form der unwiderruflichen Vollmacht" in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1938, S. 558 ff

- Hornig "Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart/Karlsruhe vom 27. Juli 1949" in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1950, S. 169 f
- Katzenstein "Kontrahieren mit sich selbst bei Übertragung von Anteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung" in Juristische Wochenschrift 1950, S. 1182 f
- Kiehl "Inwieweit sind die Vollmacht zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages und die Aufhebungsvollmacht formbedürftig?" in Das Recht 1923, Jahrgang 1923, S. 121 ff
- Lenel "Stellvertretung und Vollmacht" in Ihering-Jahrbücher für Dogmatik, Band 36, 1896, S. 1
- Pitel "Änderung des § 313 BGB?" in Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1903 (Jahrgang 1903), S. 578 ff
- Rabel "Unwiderruflichkeit der Vollmacht" in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 1933 (Jahrgang 7), S. 797 ff
- Reithmann "Die Form ausländischer Vollmachten" in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1956, S. 469 ff
- Rischawy "Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Formbedürftigkeit einer Vollmacht im Grundstücksverkehr" in Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift 1930, S. 271 ff
- Rosenberg "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 9. Juni 1920" in Juristische Wochenschrift 1920, S. 966
- Sternberg "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 11. November 1929" in Juristische Wochenschrift 1930, S. 3474 ff
- Sternberg "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 17. Februar 1931" in Juristische Wochenschrift 1932, S. 1367 ff
- von Tuhr "Die unwiderrufliche Vollmacht" in Festschrift für Paul Laband, gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser Wilhelm-Universität Straßburg, erschienen in Tübingen 1908, S. 45 ff
- Wäntig "Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Form von Vollmachten zur Veräußerung von Grundstücken" in Festschrift des Deutschen Notarvereins für Oberneck, erschienen in Berlin 1930, S. 113 ff
- Walsmann "Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 13. Februar 1928" in Juristische Wochenschrift 1928, S. 2516

Abkürzungsverzeichnis

=====

aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bay.OLG-E.	Entscheidungssammlung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGB - RGRK	Zitierweise des Kommentares zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bl.	Blatt
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DofNot	Dienstordnung für Notare vom 5. Juni 1937
DR	Deutsches Recht
Dt.	Deutscher, Deutsche, Deutsches
Entsch.	Entscheidung
f	folgende (Einzahl)
ff	folgende (Mehrzahl)
f.	für
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 in der Fassung vom 20. Mai 1898
GBO	Grundbuchordnung in der Fassung vom 5. August 1935
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH - Ges.	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892
Gruchot	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Entscheidungssammlung)

IheringsJ	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Jahrg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
LM	Lindenmaier - Möhring (Entscheidungssammlung)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLG-E.	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OR	Schweizerisches Obligationen - Recht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Rechtspfl.	Rechtspfleger
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.OLG	Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
S.	Seite, Seiten
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Verw.Prax.	Die Verwaltungspraxis
vgl.	vergleiche
ZBlfFreiwGbkeit	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit
Zeitschr.	Zeitschrift
Ziv.Sachen	Zivilsachen
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz) vom 24. März 1897
Warn.Rspr.	Warneyer, die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Formfreie Vollmacht bei formgebundenen Vertretergeschäften,
insbesondere bei Grundstücksveräußerungsgeschäften ?

1. Kapitel

Die Problemstellung der Abhandlung

Die Frage, ob die Vollmacht zur Vornahme eines formbedürftigen Vertretergeschäftes entgegen der ausdrücklichen Vorschrift des § 167 Abs. II BGB der Form bedarf, ist schon seit Jahrzehnten Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Schrifttum. So könnte es scheinen, als sei diese Streitfrage durch die zahlreichen Beiträge erschöpfend behandelt und keiner eingehenden Erörterung mehr bedürftig.

Man könnte auch darauf verzichten, wenn die zu dem Problem ergangene Rechtsprechung und -ihr folgend- die sogenannte herrschende Meinung trotz heftiger Kritik einiger "Außen-seiter" für alle die Fälle, in denen sie von der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB abgewichen sind, also das Formerfordernis der Vollmacht bejaht haben, eine wenigstens weitgehend einheitliche Lösung gefunden hätten ¹⁾. Das ist jedoch keineswegs der Fall.

Eine neue Untersuchung ist ferner deshalb geboten, weil eine Behandlung der Stellvertretungslehre als solcher in jüngerer Vergangenheit ²⁾ zu einer Überprüfung der herrschenden Repräsentationstheorie der Stellvertretung geradezu herausfordert. Insbesondere dürfte es fruchtbar sein, die auf ihr aufbauenden Ergebnisse zur Fragestellung dieser Abhandlung auf ihre Haltbarkeit hin zu überprüfen. Derjenige nämlich, der sich mit den verschiedenen Ansichten zur Stellvertretung bei

1) Denn selbst Rosenberg (in JW 1920, S. 966), der sich beinahe in vollem Umfang der Rechtsprechung anschließt, sagt: "Das Reichsgericht hat zwar eine klare, aber in der Begründung nicht ganz einheitliche Antwort gefunden".

Georg Klimek sagt dazu aaO., S. 17: "Versucht man, den reichsgerichtlichen Entscheidungen die Grundsätze zu abstrahieren, die das höchste Gericht in der streitigen Frage befolgt wissen will, so zeigt sich ein System, das in sich selbst nicht gefestigt erscheint".

2) Müller-Freienfels "Die Vertretung beim Rechtsgeschäft"

Rechtsgeschäften auseinandersetzt, fragt sich mit Recht, ob nicht, falls etwa der Auffassung von Müller-Freienfels wenigstens in einigen Punkten vor der Repräsentationstheorie der Vorzug zu geben ist, in Anlehnung an diese wieder aufgegriffene Auffassung vom Wesen der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften für die hier zu behandelnden Fälle eine andersartige oder etwa eine alle Tatbestände einheitlich erfassende Lösung gefunden werden kann. Er könnte vielleicht zu dem Ergebnis gelangen, daß man zur Vornahme von formpflichtigen Vertretergeschäften in jedem Falle eine formgerechte Vollmacht verlangen muß, insbesondere zum wirksamen Vollzuge eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes, weil das ja zu seiner Gültigkeit gemäß § 313 Satz 1 BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.

So soll denn im Verlauf dieser Abhandlung insbesondere untersucht werden, ob und gegebenenfalls inwieweit ein Widerstreit zwischen der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB "Die Erklärung -der Vollmacht- bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht" und den Vorschriften gegeben ist, die zur Wirksamkeit eines bestimmten Rechtsgeschäftes die Einhaltung von besonderen Formen verlangen. Dabei soll insbesondere eine Gegenüberstellung von § 167 Abs. II BGB und § 313 Satz 1 BGB erfolgen, weil hinsichtlich des Zusammenspiels dieser beiden Vorschriften -nicht zuletzt wegen der Häufigkeit dieser Fälle im Rechtsverkehr- der größte Streit besteht.

Daß bei einem Zusammentreffen von Vorschriften über Formfreiheit und Formzwang echte juristische Probleme entstehen, liegt auf der Hand. Ebenso dürfte es einleuchten, daß zu dieser Frage des jeweiligen Vorranges welcher Bestimmung von Beginn ihrer Kodifikation an im täglichen Rechtsleben Streit bestanden hat und mannigfaltige Lösungen vorgeschlagen worden sind ³⁾.

3) So auch Grussendorf in NJW 1952, S. 1210 f: "Die Problematik liegt in dem Zusammenstoß zweier Vorschriften, der Formfreiheit der Vollmacht (§ 167 Abs. II BGB) und dem Formzwang für die Verpflichtungen zur Grundstücksveräußerung (§ 313 BGB)"; weiter Georg Klimek aaO., S. 17: "Erklärlich, weil es eben eine nicht unbedeutende Schwierigkeit ist, ein Rechtsprinzip (Formzwang) gegen das andere (Formfreiheit) auszuspielen".

Beredtes Zeugnis hierfür legen die zahlreich ergangenen Entscheidungen hoher und höchster Gerichte über Jahrzehnte hin und die vielfachen Stellungnahmen im Schrifttum ab. Die Vielzahl der dabei vertretenen Ansichten hat einige Schriftsteller dazu veranlaßt festzustellen, daß auf diesem Rechtsgebiet eine erschreckende Rechtsunsicherheit herrsche, die von Veröffentlichung zu Veröffentlichung größer werde ⁴⁾. Hier eine klare, möglichst alle Fälle der Grundstücksveräußerungsgeschäfte erfassende und damit "rechtssichere" Lösung zu finden, soll Aufgabe dieser Untersuchung sein.

2. Kapitel

Die grundsätzliche Einstellung zur Frage der Formfreiheit von Vollmachten

§ 1 Die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches in § 167 Abs. II

Jeder, der sich mit dem Problemkreis dieser Abhandlung beschäftigt, sieht sich vor folgende Schwierigkeit gestellt: Im Bürgerlichen Gesetzbuch stehen sich zwei Arten von Bestimmungen gegenüber. Auf der einen Seite verkündet § 167 Abs. II BGB für den Akt der Bevollmächtigung Formfreiheit, andererseits gibt es eine Reihe von Bestimmungen, die das Vertretergeschäft, zu dessen Vornahme Vollmacht erteilt

4) Gottschalk in IheringsJ Bd. 79, S. 212 ff (S. 214, 228/229); ders. in JW 1930, S. 1300 ff (S. 1301); so auch Sternberg in JW 1930, S. 3474 ff: "Die Vollmacht zum Verkauf eines Grundstückes ist nachgerade das Schmerzenskind des Liegenschaftsrechts geworden"; weiter Georg Klimek aaO., S. 40: "Gerade die Grundsätze der Rechtsprechung sind geeignet, die Sicherheit im Rechtsverkehr stark zu gefährden"; ferner Wäntig in Festschrift für Oberneck, aaO., S. 113 ff: "Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Formbedürftigkeit von Vollmachten im Grundstücksverkehr hat eine Entwicklung genommen, die für alle Beteiligten große Gefahren mitsichbringt"; schließlich noch Viktor Lewe aaO., S. 3: "Durch diese Abweichungen ist die mit Recht hervorgehobene Rechtsunsicherheit in dies Gebiet hineingetragen worden".

wird, einer bestimmten Form unterwerfen. Dabei ist vor allem an die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zu denken, die gemäß § 313 Satz 1 BGB insbesondere bei Grundstücksveräußerungsgeschäften beachtet werden muß.

Wer nun Vollmacht zu einem für seine Rechtswirksamkeit formgebundenen Geschäft erteilt, hat folgendes Problem zu lösen: Er muß sich fragen, welche Bestimmung anzuwenden ist; genießt § 167 Abs. II BGB Vorrang vor den Bestimmungen, die für das Vertretergeschäft die Einhaltung einer bestimmten Form verlangen, oder nicht? Folgt der Vollmachtgeber in einem solchen Falle nur dem Buchstaben des Gesetzes, so gibt es für ihn kein Zögern. Er wird die Vollmacht formlos erteilen, denn ausdrücklich ist bestimmt, daß die Erklärung nicht der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf ⁵⁾.

§ 2 Die grundsätzliche Stellungnahme von Rechtsprechung und Schrifttum zu § 167 Abs. II BGB

Rechtsprechung und herrschende Lehre stehen übereinstimmend auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich § 167 Abs. II BGB der Vorrang vor den Formvorschriften des Gesetzes, so § 313 Satz 1 BGB, gebühre. Sie verfallen jedoch nicht in den Fehler, die speziellen Formvorschriften für Rechtsgeschäfte hinter die allgemeine Anordnung der Formfreiheit einer Vollmacht in § 167 Abs. II BGB gänzlich zurücktreten zu lassen.

5) Nach dem BGB ist somit die Vollmacht grundsätzlich formfrei. Nur ausnahmsweise ist im Gesetz Schriftform oder öffentliche Beglaubigung für eine Vollmacht vorgeschrieben, beispielsweise in § 1945 Abs. II BGB, § 80 Abs. II ZPO, § 71 Abs. II ZVG, § 13 FGG, §§ 29, 30 GBO.
Vgl. hierzu unter anderen:
von Tuhr aaO., S. 391 für § 1945 Abs. II BGB;
ders. in Laband - Festschrift S. 65;
Erman-Böhle/Stamschräder zu § 167, Anm. 3;
Soergel - Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 6;
Hilderscheid in DNotZ 1938, S. 558;
Goltermann in ZBlfFreieGbkeit 1922, S. 272 f (S. 272) für §§ 39, 30 GBO;
Asch aaO., S. 64 für § 29 GBO;
Brand-Schnitzler aaO., S. 424 für § 13 FGG und §§ 29, 30 GBO

Dieser Weg wäre genauso ungangbar wie die Lösung des Problems in der Weise, wie sie das Oberlandesgericht Jena mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1910 versuchte. Dort war ausgeführt worden, daß § 167 Abs. II BGB als *lex generalis* hinter die Formvorschriften als *leges speciales* zurückzutreten habe.

Das Reichsgericht ⁶⁾ hat als Revisionsgericht ausgeführt, daß es den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht beitreten könne, soweit sich diese auf das gegenseitige Verhältnis der §§ 167 Abs. II und 313 Satz 1 BGB beziehen.

Das Reichsgericht verneint insbesondere die Behauptung des Oberlandesgerichts Jena, daß diese beiden Vorschriften sich als allgemeine Regel und Sonderbestimmung gegenüberstehen sollen.

§ 167 Abs. II BGB habe vielmehr die Bedeutung, daß er, wie allgemein für die formbedürftigen Rechtsgeschäfte, so auch für den Anwendungsbereich des § 313 BGB den Umrang des Formzwanges näher bestimme, indem er das Hilfsgeschäft der Vollmacht ausdrücklich als nicht darunterfallend bezeichne. Im übrigen sei auch hier grundsätzlich festzustellen ⁷⁾, daß eine Vollmacht dieser Art, also abstrakt und kraft Gesetzes widerruflich, keiner Form bedürfe, auch wenn sie auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundeigentum gerichtet sei. Das schließe aber nicht aus, daß im Einzelfall nur der äusseren Form nach eine abstrakte Vollmacht vorliege, während in Wirklichkeit schon die Bevollmächtigung demselben Zweck dienen solle und auch diene wie der Abschluß des Hauptgeschäftes. In einem solchen Falle könne die ansich bestehende Formfreiheit der Vollmacht allerdings nicht dazu führen, daß der Kaufvertrag -das Vertretergeschäft also- aufgrund der formlos erteilten Vollmacht wirksam zustande komme.

Dieses Ergebnis wäre dann nämlich mit dem Sinn und Zweck des § 313 BGB nicht vereinbar.

Gleichsam wie ein roter Faden durchzieht denn auch die vielen

6) vgl. Urteil des 2. Zivilsenats vom 28. April 1911 in RGZ Bd. 76, S. 182 ff

7) Anlehnend an die Entscheidung des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 29. Januar 1906 in RGZ 62, S. 335 ff

Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Feststellung, daß die Erteilung der Vollmacht nicht in der Form geschehen müsse, die für das Rechtsgeschäft, auf das sich die Vollmacht beziehe, bestimmt sei, sondern daß die Bevollmächtigung grundsätzlich formfrei erfolgen könne⁸⁾.

Von diesem in § 167 Abs. II BGB niedergelegten Grundsatz will die Rechtsprechung auch nicht in den Fällen abweichen, in denen das Vertretergeschäft selbst formpflichtig ist, wenn also Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks erteilt wird (vgl. § 313 Satz 1 BGB). Das Reichsgericht hat hierzu bereits im Jahre 1906 ausgeführt⁹⁾, daß § 313 Satz 1 BGB sich nur auf das die Veräußerung des Eigentums an einem Grundstück betreffende Hauptgeschäft, nicht aber auf ein Hilfs- oder Nebengeschäft wie zum Beispiel auf eine Vollmacht oder einen Auftrag beziehe. Die Vollmacht und der Auftrag

8) vgl. Urteil des 3. Zivilsenats vom 3. Dezember 1912 in RGZ Bd. 81, S. 49 ff: "Grundsätzlich ist die Formfreiheit der Vollmacht nach § 167 Abs. II BGB anzuerkennen und zwar ausnahmslos, also auch für das Gebiet des § 313 BGB. Eine Vollmacht bedarf nirgendwann der Form"; ferner Urteil des 5. Zivilsenats vom 29. März 1922 in RGZ Bd. 104, S. 236 ff: "Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß gemäß § 167 Abs. II BGB die Vollmacht zum Abschluß eines der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB unterliegenden Vertrages grundsätzlich dem gleichen Formzwang nicht unterliegt. Dies gilt für die Vollmacht insbesondere dann, wenn sie lediglich als Hilfsgeschäft auftritt und so widerruflich ist"; ferner Urteil des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 17. Januar 1930 in JW 1930, S. 1300 ff; ferner Urteil des 6. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 22. Juni 1933 in DNotZ 33, S. 642 ff: "Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß nach dem Grundsatz des § 167 Abs. II BGB auch eine Auflassungsvollmacht an sich nicht gerichtlich oder notariell zu beurkunden ist"; ferner Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 16. März 1942 in Seuff.Arch.Bd. 96, Nr. 32: "Unangreifbar richtig ist der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß die Vollmacht nicht der Form des § 313 Satz 1 BGB bedurfte. Eine Vollmacht ist grundsätzlich formfrei"; ferner Urteil des 5. Zivilsenats des BGH vom 11. Juli 1952 in NJW 1952, S. 1210 f: "Grundsätzlich bedarf die Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstückes nicht der Form des § 313 Satz 1 BGB"; Urteil des OLG-München vom 28. Juni 1950 in DNotZ 1951, S. 31 ff

9) vgl. Reichsgericht in RGZ Bd. 62, S. 335 ff

seien, auch wenn sie sich auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundeigentum bezögen, an keine Form gebunden.

Diesen vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung ¹⁰⁾ verfolgten Grundsatz hat auch das Oberlandesgericht Koblenz in einer Entscheidung aus dem Jahre 1948 ¹¹⁾ wieder besonders herausgestellt. Es betont, daß davon auszugehen sei, daß die Erteilung der Vollmacht nicht der Form bedürfe, die für das Rechtsgeschäft bestimmt sei, auf das sie sich beziehe. Somit sei auch die Bevollmächtigung zur Veräußerung eines Grundstücks grundsätzlich nicht der Form des § 313 BGB unterworfen. Dieselbe Ansicht hat 1949 das Oberlandesgericht Stuttgart/Karlsruhe vertreten ¹²⁾, als es eine zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages erteilte Generalvollmacht gemäß § 167 Abs. II BGB formfrei für rechtswirksam erklärte.

Das Schrifttum hat sich beinahe einhellig dieser höchst-richterlichen Rechtsprechung angeschlossen.

Doch wird in der Literatur eine Unterscheidung dahin getroffen, ob eine Vollmacht zum Erwerbe oder zur Veräußerung im Rahmen eines formpflichtigen Rechtsgeschäftes des Vertreters erteilt wird.

Eine Vollmacht, die den Vertreter berechtigt, für den Vertretenen ein Erwerbsgeschäft zu tätigen, soll immer -also auch, wenn das Erwerbsgeschäft der Form des § 313 Satz 1 BGB unterliegt- formfrei gemäß der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB erteilt werden können ¹³⁾.

10) Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 9. Juni 1920 in JW 1920, S. 966 f;
Urteil des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 3. Dezember 1912 in RGZ Bd. 81, S. 49 ff;
Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 29. März 1922 in RGZ Bd. 104, S. 236 ff

11) Beschluß des OLG-Koblenz vom 3. September 1948 in NJW 1949, S. 224 f

12) Urteil des 2. Zivilsenats des OLG-Stuttgart/Karlsruhe vom 27. Juni 1949 in DNotZ 1950, S. 166 ff

13) Esser aaO., S. 27: "Die Kaufvollmacht ist formfrei"; Oberneck aaO., S. 478; Staudinger-Werner zu § 313, Anm. A I, 3b; Erman-Groeppe zu § 313, Anm. 8a, aa; Oertmann zu § 313, Anm. 2e; Kiehl in "Das Recht" 1923, S. 121 ff (S. 121: "Auf die behufs Erwerbes eines Grundstückes erteilte Vollmacht kann auch § 313 BGB niemals Anwendung finden".)

Aber auch bei der Erteilung einer zu einem Veräußerungsgeschäft berechtigenden Vollmacht soll nach der sogenannten herrschenden Lehre grundsätzlich der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB gefolgt werden ¹⁴⁾, also die Veräußerungsvollmacht formfrei gültig sein.

Diese Ansicht beruht auf dem von der herrschenden Meinung vertretenen Grundsatz, daß die Vollmachterteilung nicht etwa ein Teil des Geschäftes oder der Geschäfte sei, deren für den Vollmachtgeber wirksamen Abschluß sie ermögliche, sondern ein selbständiges Rechtsgeschäft ¹⁵⁾. Denn "Für die in Absatz II des § 167 BGB ausgesprochene Regel ist der Gedanke maßgebend, daß die Vollmachterteilung regelmäßig nicht ein Tatbestandsmoment des fraglichen Rechtsgeschäfts, sondern eine selbständige Willenserklärung bildet" ¹⁶⁾.

-
- 14) Enneccerus-Nipperdey § 184 II, 1; Dernburg aaO., Bd. I, S. 474 und Bd. II, S. 193; von Tuhr aaO., S. 391; Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 593; Oberneck aaO., S. 478; Bett aaO., S. 64; Vetsch aaO., S. 260; Brand-Schnitzler aaO., S. 424; Kersten-Künzel aaO., S. 94; Seybold-Hornig-Lemmers zu § 33 DofNot, Anm. 4d; BGB-RGRK - Kuhn zu § 167, Anm. 8 IV; BGB-RGRK - Denecke zu § 313, Anm. 3c; Staudinger - Going zu § 167, Anm. II 4; Staudinger - Werner zu § 313, Anm. A II 3; Planck - Siber zu § 313, Anm. 4; Warneier zu § 167; Oertmann zu § 167, Anm. 2; Soergel - Siebert (Schmidt) zu § 313, Anm. 9; Erman - Böhle/Stamschräder zu § 167, Anm. 3; Erman - Groepper zu § 313, Anm. 8a, aa; Palandt - Danckelmann zu § 313, Anm. 6; Hedemann in "Recht und Wirtschaft" 1912, S. 165; Walsmann in JW 1928, S. 2516; Rosenberg in JW 1920, S. 966; Hilderscheid in DNotZ 1938, S. 558 ff; Baur in Verw.Prax. 1951, S. 55 f; Rabel in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 7. Jahrg., 1933, S. 797 ff (S.803); Reithmann in DNotZ 1956, S. 469 ff
- 15) Enneccerus-Nipperdey § 184 II, 1; Planck - Flad zu § 167, Anm. 10; Soergel - Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 6
- 16) Biermann - Gareis zu § 167, Anm. 3; Oertmann zu § 167, Anm. 2: "Ist das Grundgeschäft einer Form unterworfen, so zieht das die Formbedürftigkeit der Vollmacht wegen ihrer Selbständigkeit im allgemeinen nicht nach sich"; Lehmann aaO., S. 298

Auch die Kritiker von Rechtsprechung und herrschender Lehre wollen beinahe übereinstimmend am Grundsatz des § 167 Abs. II BGB festhalten. Sie treten für seine Verwirklichung ein, weil sie glauben, auf diesem Wege die einleitend schon erwähnte, von Rechtsprechung und herrschender Meinung aufgestellten uneinheitlichen und unklaren Begründungen für das gelegentliche Abweichen von § 167 Abs. II BGB am besten überwinden und dadurch der Rechtsunsicherheit, die so entstanden sei, am ehesten abhelfen zu können.

Es mag diese Auffassung der "Außenseiter" insofern verwundern, als es doch näher gelegen hätte, im Anschluß an die höchststrichterliche Rechtsprechung und die Auffassung des Schrifttums auf die Einhaltung des Grundsatzes des § 167 Abs. II BGB gänzlich zu verzichten, und für die Vollmacht zu einem formgebundenen Vertretergeschäft die für dieses geforderte Form, also etwa die des § 313 Satz 1 BGB, zu verlangen.

Bei der Begründung ihrer Auffassung machen es sich die Kritiker zum Teil sehr einfach. Sie verlangen die Verwirklichung des Grundsatzes des § 167 Abs. II BGB in erster Linie wegen "des eindeutigen Wortlautes" ¹⁷⁾ der Bestimmung.

Zur näheren Begründung dieser Ansicht wird dann weiter ausgeführt: "Die Vollmacht sei auch dann formfrei, wenn sie unter besonderen Bedingungen erteilt werde oder wenn sie von dem Geschäftspartner ausgestellt werde, womit dann der sogenannte privatschriftliche Kaufvertrag nichts anderes als eine formfrei erteilte, gemeinsam niedergelegte, doppelseitige Vollmacht sei und auf gar keinen Fall ein nichtiger Vertrag" ¹⁸⁾, oder "die Formfrage regele sich ohne jede Einschränkung nach der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB, weil mit der Vollmachterteilung eine Verkaufserklärung selbst nicht abgegeben werden könnte" ¹⁹⁾ und schließlich "alle Rechtsprechung habe eines gemeinsam, sie lege nämlich den Parteiwillen anders aus als von den Beteiligten beabsichtigt, und auf dem Wege über diese Willensauslegung werde

17) Felix Buka, Dissertation, S. 23 f

18) Ashert in Zentralbl.f.freiw.Gbkeit 1913, S. 795 ff(S.795)

19) Bourrier in DNotZ 1912, S. 649 ff (S. 653)

der Tatbestand unter eine Norm gepreßt, weil eine solche, die man auf den Tatbestand erstrecken könne, nicht vorhanden sei" 20).

Bei alledem machen die Außenseiter allerdings hin und wieder die Einschränkung, "daß rechtspolitisch die andere Auffassung, die weitgehend die Anwendung des § 167 Abs. II BGB zurückdrängt, durchaus zutreffend" 21) oder "daß das konstante Festhalten an § 167 Abs. II BGB dem Zweck der Formbestimmungen abträglich sein könnte" 22). Zu dem allen meint Bourrier: "Gegen die Bedenken der Rechtsprechung, die zwar durchaus verständlich seien, sei nichts zu machen; das liege an der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB selbst" 23).

§ 3 Die Lösungen anderer Rechtsordnungen

Nach dem Schweizer Obligationen-Recht bedarf die Vollmacht, wie bei uns gemäß § 167 Abs. II BGB, zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form.

Die grundsätzliche Regelung der Wirksamkeit formfreier Vollmachten gilt auch dann, wenn das vom Vertreter vorzunehmende Geschäft einer bestimmten Form unterliegt, selbst dann, wenn der Vertreter ein Grundstück des Vertretenen soll veräußern dürfen.

Dabei ergibt sich die Formlosigkeit der Vollmacht zur Veräußerung von Grundstücken aus Art. 459 Abs. II OR.

Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch "kennt eine allgemeine Regel wie § 167 Abs. II BGB nicht" 24).

Die Regelung ist vielmehr folgende: Besteht für das abzuschließende Geschäft eine Formvorschrift, so wird der Zweck dieser Vorschrift darüber entscheiden, ob auch die Vollmacht der gleichen Form bedarf. Bezweckt die Form die Feststellung

20) Bourrier aaO., S. 669

21) Felix Buka, Dissertation, S. 23 f

22) Bourrier aaO., S. 669 f

23) Bourrier aaO., S. 669 f

24) Klang - Swoboda zu § 1002, Anm. VIII d;
Staudinger - Coing zu V.Titel, Vorbemerkungen, Anm. 82

der Ernstlichkeit des Parteiwillens oder wurde sie deshalb erlassen, um durch die Notwendigkeit der besonderen Form die Partei zur gründlichen Überlegung des beabsichtigten Geschäfts zu veranlassen oder das Vorhandensein des Parteiwillens zu garantieren, dann wird sie auch bei der einseitigen Willenserklärung der Vollmacht zu beobachten sein" ²⁵⁾.

Im italienischen Recht (Art. 1387 bis 1400 CC) ist die Regelung des Stellvertretungsrechts in großen Zügen die gleiche wie nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuch. Sie ist insbesondere auf den gleichen theoretischen Grundlagen aufgebaut. Abweichend jedoch von der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches bedarf die Vollmacht der Form des vorzunehmenden Rechtsgeschäftes (Art. 1392 CC).

3. Kapitel

Zur Anwendbarkeit des § 167 Abs. II BGB bei formpflichtigen Vertretergeschäften

§ 4 Allgemeine Vorbemerkungen

Rechtsprechung und Schrifttum haben erkannt, daß sich der Grundsatz des § 167 Abs. II BGB nicht uneingeschränkt verwirklichen läßt. Sie erachten Ausnahmen immer dann für notwendig, wenn die Vollmacht nicht zur Vornahme von formfreien, sondern von formgebundenen Vertretergeschäften erteilt wird, da hier die unbeschränkte Anwendung der Regel des § 167 Abs. II BGB zu Umgehungen im weiteren Sinne der jeweils mit einer ganz bestimmten Absicht in das Gesetz eingeführten Formvorschriften führen könnte.

Von Fall zu Fall ist ein echtes Vorrangproblem zu lösen. Es geht dabei um die Frage, welche der Bestimmungen, die nebeneinander konkurrieren, im Einzelfall anzuwenden ist: Genügt es beispielsweise bei der Vollmachterteilung zu einem Grundstücksveräußerungsgeschäft die Bevollmächtigung gemäß § 167

25) Klang - Swoboda zu § 1005, Anm. C

Abs. II BGB formfrei auszusprechen, oder aber muß der Vollmachtgeber bereits zu diesem Zeitpunkt der Bestimmung des § 313 Satz 1 BGB folgen und die Vollmacht in gerichtlicher oder notarieller Form erteilen ?

Die Rechtsprechung modifiziert bei dieser Prüfung den Grundsatz des § 167 Abs. II BGB. Sie wählt als Kriterium in erster Linie den Willen der Parteien -Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer-, den diese im Einzelfall mit der Vollmachterteilung verfolgen ²⁶⁾.

Willen und Zweck der Vollmachterteilung werden von der Rechtsprechung daraufhin untersucht, ob die Parteien mit dem Bevollmächtigungsakt nur das Ziel verfolgen, dem Bevollmächtigten die Macht zu geben, für den Vertretenen als Vertreter zu handeln, oder ob sie damit auch bezwecken, das der Form des § 313 Satz 1 BGB unterworfenen Rechtsgeschäft formfrei vom Vertreter vornehmen zu lassen.

Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung prüft, ob in diesen Fällen eine "Umgehung im weiteren Sinne" der Vorschrift des § 313 Satz 1 BGB von den Beteiligten bezweckt ist und erreicht werden soll. Dabei unterscheidet die Rechtsprechung -und ihr folgt insoweit das Schrifttum- verschiedene Umgehungsfälle, nämlich die Erteilung von unwiderruflichen Vollmachten, die Erteilung von Vollmachten, bei denen der Bevollmächtigte bei der Vornahme des beabsichtigten Rechtsgeschäftes von der Beschränkung des § 181 BGB befreit sein soll und schließlich die Erteilung von Vollmachten, durch die die Formvorschriften auf andere Weise umgangen werden sollen ("Umgehungsvollmachten im engeren Sinne").

Liegt einer dieser Umgehungsfälle im weiteren Sinne vor, dann soll nach Rechtsprechung und Lehre die Vollmacht nicht

26) vgl. Urteil des 6. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 6. Oktober 1930 in Seuff.Arch.Bd. 85, Nr. 60: "Ob die Vollmacht entgegen der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB der Form bedarf, entscheidet sich neben dem Willen, neben dem Zweck, der mit der Vollmachterteilung verfolgt wird, nach den Umständen des Einzelfalles"; ferner Beschluß des OLG-Koblenz vom 3. September 1948 in NJW 1949, S. 224 f: "Keineswegs soll also stets die Form erforderlich sein. Es kommt vielmehr auf den Willen im Einzelfall an".

mehr gemäß § 167 Abs. II BGB formlos erteilt werden können, sondern zu ihrer Wirksamkeit der Form des Vertretergeschäftes bedürfen.

§ 5 Das Problem der Umgehung des § 167 Abs. II BGB

Der wiederholt vertretenen Auffassung von Rechtsprechung und herrschender Lehre, daß die Einhaltung der Form des Vertretergeschäftes schon für die Vollmacht zu ihrer Rechtswirksamkeit verlangt werden muß, wenn sie nämlich zur "Umgehung" der gesetzlichen Formbestimmungen erteilt wird, kann man im Ergebnis nur zustimmen.

Denn tatsächlich benutzt ein Vollmachtgeber, der eine in irgendeiner Weise modifizierte Vollmacht zur Veräußerung seines Grundbesitzes erteilt, diese Vollmachterteilung dazu, die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB zu umgehen.

Mit der Vollmachterteilung will er im Zusammenwirken mit dem Bevollmächtigten den im Gesetz vorgesehenen Belastungen ausweichen. Dabei erreichen Vollmachtgeber und -nehmer jedoch gerade die Zwecke, an welche das Gesetz durch die Vorschrift des § 313 Satz 1 BGB ansich besondere Belastungen knüpfen wollte.

Der Vollmachtgeber ersetzt bei seinem Vorgehen die im Gesetz erwähnte Gestaltungsform der gerichtlichen oder notariellen Vornahme des Grundstücksveräußerungsgeschäftes durch die formfreie Bevollmächtigung seines Vertreters.

Ob das Umgehungsgeschäft den erstrebten Erfolg hat, hängt stets von der Eigenart und Zwecksetzung des umgangenen Gesetzes ab. Man muß die Antwort jeweils durch Auslegung der konkreten Gesetzesbestimmung finden. Dabei ist davon auszugehen, daß jedes Gesetz grundsätzlich Beachtung verlangt; das gilt auch für die Formvorschriften. Allein entscheidend ist dabei, ob ein bestimmter rechtlicher, wirtschaftlicher oder sozialer Erfolg durch den Rechtssatz verboten oder ermöglicht werden soll.

Durch die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB soll verhindert werden, daß sich ein Grundstückseigentümer leichtfertig

des Eigentums an seinem Grundbesitz begibt. Wenn er also einen Vertreter zwecks Veräußerung seines Grundbesitzes in formfreier Vollmacht bestellt, in der Absicht, die Vorschrift des § 313 Satz 1 BGB auf diese Weise zu umgehen, so begibt er sich auf den sogenannten rechtsgeschäftlichen Schleichweg 27).

Die formlos erteilte Vollmacht zu einem Grundstücksveräußerungsgeschäft muß somit nichtig sein.

Bereits im Zeitpunkt der Vollmachterteilung ist der Vollmachtgeber auf die Formvorschrift zu verweisen, damit er die Vollmacht in notarieller oder gerichtlicher Form und damit rechtswirksam erteilt.

§ 6 Rechtsunsicherheit bei Vollmachterteilung zu einem formpflichtigen Vertretergeschäft

Es darf also schon an dieser Stelle, bevor die Umgehungsfälle im einzelnen untersucht worden sind, festgestellt werden, daß Rechtsprechung und Lehre hinsichtlich ihrer Ergebnisse zu dem Problem dieser Abhandlung weitgehend gefolgt werden wird. § 167 Abs. II BGB kann im Rechtsleben des Alltags nicht mehr als ein Grundsatz sein, eine Regel, die sich Ausnahmen gefallen lassen muß.

Doch ist man leider bei der Begründung aller Ausnahmefälle nicht den Weg gegangen, der im Interesse der Rechtssicherheit der meiner Ansicht nach beste gewesen wäre: nämlich die Lösung des Problems von einer grundsätzlichen Überprüfung der herrschenden Stellvertretungslehre aus zu versuchen. Man hat es sich, so will es mir scheinen, leichter gemacht, indem man an dem Grundsatz des § 167 Abs. II BGB nicht festhielt, sondern eine eigene Lösung suchte in all den Einzelfällen, in denen man die Rechtswirksamkeit einer formfreien Vollmacht für ein formgebundenes Vertretergeschäft für zu

27) vgl. zur Frage der Umgehungsgeschäfte Enneccerus - Nipperdey § 190 III; ferner auch Staudinger - Coing zu § 117, Anm. 21

gewagt erachtete. Die große Anzahl der dabei herausgearbeiteten Tatbestände läßt erkennen, daß Rechtsprechung und herrschende Meinung sich um eine sorgfältige Differenzierung bemüht haben. Glichen sich die zu entscheidenden Fälle weitgehend, so übernahm man die Begründung einer früheren Entscheidung, so daß mit der Zeit bestimmte Gruppen entstanden.

Die so geschaffene Vielzahl von Begründungen für das Abweichen vom Grundsatz des § 167 Abs. II BGB zugunsten der gesetzlichen Formvorschriften ist jedoch dazu geeignet, Rechtsunsicherheit in dieses "Rechtsgebiet des Alltags" hineinzutragen. Man muß sich doch immer wieder vor Augen halten, wie häufig es geschieht, daß Vollmacht erteilt wird, um ein formgebundenes Geschäft, vor allem ein Grundstücksveräußerungsgeschäft, aus welchem Grunde auch immer, vornehmen zu lassen.

Und weiter: Der Vollmachtgeber wird in den seltensten Fällen eine einfache Vollmacht erteilen, sondern dieselbe näher umreißen und den Bevollmächtigten zu einer bestimmten Vornahme des Vertretergeschäftes anweisen.

Wie soll sich nun der Vollmachtgeber verhalten, um Gewißheit zu haben, daß das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft tatsächlich rechtswirksam zustandekommt, wenn ihm bekannt ist oder auch nicht, wie häufig von den höchsten Gerichten formgebundene Vertretergeschäfte, die aufgrund formfrei erteilter Vollmachten vorgenommen wurden, für nichtig erklärt worden sind.

Der vorsichtige Rechtsgenosse wird nur eine Möglichkeit sehen: Er wird jede Vollmacht, die auch nur irgendwann einmal zur Vornahme eines formgebundenen Geschäftes durch den Bevollmächtigten führen könnte, beurkunden lassen. Eine Lösung, die zwar im Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes steht, zu der man aber aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen der Praxis der Gerichte nur raten kann.

§ 7 Form des Vertretergeschäftes schon für die Vollmacht ?

Es liegt auf der Hand, daß durch diese Praxis § 167 Abs. II BGB zu einer unbedeutenden Vorschrift herabgemindert werden würde, wenn die Mehrzahl der Rechtsgeschäfte formpflichtig vorzunehmen sei. Dann würden die Formvorschriften eine übertragende Stellung einnehmen. Aber das Gegenteil ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Fall. Nur einige wenige Rechtsgeschäfte sollen nach dem Willen des Gesetzgebers für ihre Gültigkeit an eine bestimmte Form gebunden sein. So ist zu untersuchen, ob nicht für diese Geschäfte tatsächlich § 167 Abs. II BGB hinter die Bestimmungen zurückzutreten hat, die zur rechtswirksamen Vornahme des Vertretergeschäftes Form vorschreiben.

Dabei ist folgendes zu beachten: Es wäre der Rechtssicherheit zuträglich, diese Vollmachten grundsätzlich einer bestimmten Form, nämlich der des Vertretergeschäftes, zu unterwerfen.

Soweit Grundstücksgeschäfte durch einen Vertreter vorgenommen werden, läßt sich für Rechtsprechung und herrschende Meinung ja feststellen, daß nach ihrer Ansicht tatsächlich die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB die Anwendung der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB auf wenige Fälle beschränkt.

Die Kritiker von herrschender Lehre und Rechtsprechung drängen ihrerseits, was schon angedeutet wurde, in überwiegender Zahl zu dem umgekehrten Ergebnis. Sie wollen den Wortlaut des § 167 Abs. II BGB verwirklicht sehen, fordern also, für alle formgebundenen Vertretergeschäfte die Erteilung einer formfreien Vollmacht zur Rechtswirksamkeit der Geschäfte genügen zu lassen. Die "Außenseiter" sind dabei der Auffassung, daß so die gewünschte Rechtssicherheit am besten erreicht werden könnte.

Man muß aber fragen, ob damit nicht dem Sinn, der sich hinter den Formvorschriften verbirgt, Abbruch geschieht. Die Forderung, daß der Zweck der Formbestimmungen erreicht werden müsse, erhebt ja immer aufs neue die herrschende Meinung in

Übereinstimmung mit der Rechtsprechung.

Und auch die "Außenseiter" verkennen nicht, daß der Sinn der Formvorschriften und ihr Zweck verwirklicht werden müssen. Herrschende Lehre und Rechtsprechung sagen ganz deutlich, wieso sie zu ihrem Ergebnis kommen, daß grundsätzlich die Bestimmung des § 167 Abs. II BGB gelte: Dies folge aus der abstrakten Natur der Vollmacht; soweit Ausnahmen vom Grundsatz des § 167 Abs. II BGB erforderlich seien, seien diese im Gesetz genannt. Darüber hinaus müsse aber -und hier lösen sich herrschende Meinung und Rechtsprechung vom Gesetz- bei jeder Vollmacht zu einem formpflichtigen Geschäft untersucht werden, ob bei Befolgung des Grundsatzes des § 167 Abs. II BGB nicht Sinn und Zweck der Formvorschrift bei Vornahme des Vertretergeschäftes vereitelt würden.

§ 8 Sinn und Zweck des § 167 Abs. II BGB und der Formvorschriften des Gesetzes

Folglich stellt sich hier die Frage: Warum gibt es im Gesetz Vorschriften, die die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von der Einhaltung bestimmter Formen abhängig machen, und weiter: Was will im besonderen § 313 Satz 1 BGB durch die Forderung gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Grundstücksveräußerungsvertrages erreichen ?

Demgegenüber muß aber auch untersucht werden, warum es die Bestimmung des § 167 Abs. II BGB gibt.

Dann nämlich, wenn Sinn und Zweck der Formbestimmungen des Gesetzes auf der einen Seite und des § 167 Abs. II BGB auf der anderen ermittelt sind, läßt sich aus der Gegenüberstellung der gefundenen Ergebnisse -wie das auch die Rechtsprechung und die herrschende Lehre tun- ablesen, welcher Bestimmung im Interesse der Rechtssicherheit, nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers und nach den allgemein gültigen Auslegungsregeln des Gesetzes der Vorrang zu gewähren ist.

Bei der Beantwortung dieser Fragen ist davon auszugehen, daß eines der beherrschenden Prinzipien unseres Bürgerlichen Gesetzbuches das der Formfreiheit ist. Vorschriften, die für die Vornahme von Rechtsgeschäften die Einhaltung einer bestimmten Form verlangen, sind folglich Ausnahmebestimmungen ²⁸⁾.

Allein in den Fällen, in denen der Gesetzgeber von den Parteien ein Handeln mit Überlegung beim Abschluß von Rechtsgeschäften für erforderlich hielt, hat er durch die Aufstellung von Formvorschriften darauf hinzuwirken versucht.

Treffen wir also im Gesetz auf Vorschriften, die zur rechtswirksamen Vornahme eines Rechtsgeschäftes die Einhaltung bestimmter Formen voraussetzen, so können wir davon ausgehen, daß es sich bei diesen Geschäften um besonders wichtige oder solche mit bedenklichem Inhalt und unter Umständen schwerwiegenden Folgen für die daran beteiligten Personen handelt.

Gerade deshalb, weil unser Gesetz in aller Regel Rechtsgeschäfte formfrei wirksam zu vollziehen zuläßt, wird jeder Rechtsgenosse dann aufmerksam werden, wenn er beim Vollzuge des beabsichtigten Geschäftes zur Einhaltung einer bestimmten Form aufgefordert wird. Er wird erkennen, daß eine wichtige Entscheidung zu treffen ist, und er wird sich besonders genau Abschluß und Inhalt des Geschäftes überlegen.

Wenn für den Abschluß eines Geschäftes schriftliche Form geboten ist, wird der abschließenden Partei schon zum Bewußtsein kommen, daß sie hier ein Geschäft von dauernder Bedeutung zu tätigen beabsichtigt. Sie wird erkennen, daß dieses Geschäft von besonderer Wichtigkeit ist, weil zu seinem Vollzuge das flüchtig hingespochene Wort nicht genügt.

Wieviel mehr dürften diese Folgen der Überlegung eintreten, wenn das Gesetz den Rechtsgenossen auffordert, zum wirksamen

28) Urteil des BGH vom 7. Oktober 1953, 6. Zivilsenat, in LM zu § 566 BGB, Nr. 1

Abschluß des Geschäftes die Hilfe des Gerichtes oder eines Notars in Anspruch zu nehmen.

Wenn jetzt eine besondere Institution des Staates in Anspruch zu nehmen ist, wird wohl der Partei in den meisten Fällen zusätzlich zum Bewußtsein kommen, daß die Fixierung des Geschäftes nicht nur in ihrem eigenen Interesse, sondern auch in dem der Allgemeinheit besondere Bedeutung zukommt.

Die Formvorschrift dürfte hier mit Gewißheit ihren Zweck erfüllen, nämlich den Rechtsgenossen vor allzu leichtfertiger Eingehung des geplanten Geschäftes zu schützen ²⁹⁾.

So läßt sich feststellen, daß das Gesetz immer dann Formvorschriften für die Vornahme von Rechtsgeschäften aufstellt, wenn es beabsichtigt, den zum Abschluß Entschlossenen vor Übereilung und Unbesonnenheit bei seinem Willensentschluß zu bewahren, wenn es den Handelnden durch gewisse äußere Mittel von der Wichtigkeit und Bedeutung seines Schrittes zu überzeugen gilt ³⁰⁾.

Der Form kommt die weitere Bedeutung zu, dem Willen der Parteien den Stempel nicht nur der Überlegung, sondern vielmehr auch der Vollendung des Geschäftes aufzudrücken ³¹⁾.

Schließlich dient die Einhaltung bestimmter Formen noch der Beweissicherung, und letztlich soll bei der Hinzuziehung von Amtspersonen durch diese als Hüter der Rechtsordnung der Geschäftsabschluß noch einer besonderen Kontrolle unterstellt werden.

Die rechtspolitisch durchaus wünschenswerte Formgebundenheit

29) Ebbecke in "Das Recht" 1911, S. 633 ff

30) vgl. zu allem Vorstehenden:

RGZ Bd. 94, S. 147 ff (S. 150) und

BGHZ Bd. 13, S. 49 ff (S. 51);

Denkschrift zum Entwurf eines BGB von 1896, S. 47;

Dernburg aaO., Bd. II, S. 191;

Zitelmann aaO., II. Teil, S. 120;

Mugdan aaO., Bd. II., S. 621, 1237, 1275;

Mitteis aaO., S. 268;

Hedemann in "Recht und Wirtschaft" 1912, S. 165;

Hallbauer in Zeitschr.f.Rpfl.in Bayern 1909, S. 165 f;

Dorst in Verhandlungen des 26.Dt.Jur.Tages, Bd.I., S.18 ff

31) Mitteis aaO., S. 268;

Zitelmann aaO., S. 120;

Mugdan aaO., II. Bd., S. 621, 1237, 1275

wichtiger Rechtsgeschäfte ist im übrigen nicht eine Erfindung der Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern diese Regelung stammt schon aus der Zeit des Allgemeinen Landrechts (vgl. ALG I, 5, 131 ff).

Es fragt sich bei alledem, ob die Einhaltung bestimmter Formen dem Rechtsverkehr nicht seine Flüssigkeit nimmt.

Dazu ist zu sagen, daß einmal Bestimmungen, die die Einhaltung bestimmter Formen verlangen, ja die Ausnahme darstellen ³²⁾. Zum andern ist festzustellen, daß die zweifellos gegebene Erschwerung des Rechtsverkehrs deshalb in Kauf genommen werden muß, weil die vorzunehmenden Geschäfte in ihrer Tragweite eben besonderer Vorsicht bedürfen ³³⁾.

Über die aufgezeigten Vorteile hinaus, die die Einhaltung bestimmter Formen für besonders bedeutsame Rechtsgeschäfte hat, sind für den Fall eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes noch folgende Überlegungen für die Entscheidung des Gesetzgebers, die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung für den rechtswirksamen Abschluß eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes zu fordern, maßgebend gewesen:

"In sozialer Hinsicht ist das Grundeigentum von höchster Bedeutung, es ist die natürliche Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung, schließlich hat es auch Bedeutung für die Lebensfähigkeit und den Beruf seines Eigentümers.

Endlich hängt jedes Grundeigentum mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammen, welche wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von weitaussehender Dauer sind. Gerade aus diesen Gründen ist eine besondere Vorsicht bei der Veräußerung und beim Erwerbe des Grundeigentums geboten" ³⁴⁾.

Daneben gelten im Bereich des § 313 Satz 1 BGB auch die anderen Gesichtspunkte, die die Einhaltung der gerichtlichen

32) vgl. hierzu Urteil des 6. Zivilsenats des BGH vom 7. Oktober 1953 in LM zu § 566, Nr. 1

33) siehe speziell zu der Frage, ob die Ausdehnung des Formzwanges eine Erschwerung des Rechtsverkehrs bringt, Pitel in Zentralbl.f.freiw.Gerichtsbarkeit 1903, S. 578 ff

34) Dorst aaO., S. 19;
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II. Bd., 1888, S. 189 f

oder notariellen Beurkundung bedingen.

Einfache Schriftform gewährt nicht genügend Schutz vor Über-eilung. Durch die öffentliche Beurkundung ist Gewißheit gegeben, was Inhalt des Vertrages sein soll. Schließlich wird auch den sogenannten Wirtshausgeschäften gesteuert, das heißt, der kleine Landwirt wird davor bewahrt, dem stärkeren und geschäftsgewandten Makler in die Hände zu fallen, um für wenig Geld seinen Grundbesitz zu veräußern. Eines wird meines Erachtens bei der Betrachtung des § 313 BGB deutlich: Durch die Forderung, daß der Grundstücksveräußerungsvertrag zu seiner Rechtswirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, soll vornehmlich derjenige Geschäftspartner geschützt werden, der seinen Grundbesitz veräußert. Erst in zweiter Linie derjenige, der durch das Kaufgeschäft Grundeigentum erwirbt.

Die Antwort auf die Frage nach dem Sinn und Zweck der Einführung des § 167 Abs. II BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch läßt sich kurz dahin zusammenfassen:

Für den Gesetzgeber war der Gedanke maßgebend, daß die Vollmachterteilung nicht ein Tatbestandsmoment des fraglichen Rechtsgeschäfts bildet, sondern eine selbständige Willenserklärung³⁵⁾. Denn es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Bestimmung des § 167 Abs. II BGB eingeführt hat, fußend auf den Gedanken der Stellvertretungslehre der Repräsentationstheorie. Um diese konsequent zu verwirklichen, schuf er den § 167 Abs. II BGB, der noch einmal die Trennung von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft hervorheben sollte.

§ 9 Gegenüberstellung von § 167 Abs. II und § 313 Satz 1 BGB

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob aus der Gegenüberstellung von Sinn und Zweck der Formvorschriften -speziell des § 313 Satz 1 BGB- einerseits und der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB andererseits bereits das Vorrangproblem

35) Biermann - Garies, Kommentar zum BGB, zu § 167, Anm. 3

dieser Abhandlung zu lösen ist.

Man wird diese Frage mit der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung in einem Falle bejahen können.

Sinn und Zweck des § 313 BGB schützen nur beiläufig den Grundstückserwerber bei seinem Geschäft über Grundeigentum. Die Vollmacht, die ein Geschäftspartner zum Erwerbe ausstellt, unterliegt folglich allein der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB. Sie kann also formfrei erteilt werden, ohne daß dadurch den Forderungen und dem Inhalt der Formvorschrift Abbruch geschieht.

Wie steht es aber für die Fälle einer Veräußerungsvollmacht ?

Den sein Grundstück veräußernden Geschäftspartner soll § 313 Satz 1 BGB schützen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung sind überragend. Tragweite und Bedeutung des Grundstücksveräußerungsgeschäftes fordern geradezu die Durchbrechung des Prinzips der Formfreiheit. Neben § 313 Satz 1 BGB scheint die Vorschrift des § 167 Abs. II BGB nicht bestehen zu können.

Wenn der Veräußerer eines Grundstücks Vollmacht hierzu erteilt, so muß er wegen der Bedeutung des Geschäftes für sich und die Allgemeinheit, die Grund und Boden nicht als Ware gehandelt wissen will, in jedem Falle dem § 313 Satz 1 BGB folgen und die Vollmacht nicht formfrei, sondern öffentlich beurkundet erteilen.

Aber soweit gehen Rechtsprechung und herrschende Lehre ja nicht, sondern sie betonen, an der herrschenden Repräsentationstheorie und ihrem Dogma von der Trennung des Bevollmächtigungsaktes und dem Vertretergeschäft festhaltend, daß auch im Falle eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes grundsätzlich § 167 Abs. II BGB anzuwenden sei. Der Bestimmung des § 313 BGB müsse nur dann gefolgt werden, wenn die Vollmacht in modifizierter Form erteilt werde. Die Hauptursache für die Schwierigkeit, die für die Rechtsprechung und die Literatur bei der Begründung der Formpflicht verschiedener Vollmachten in diesen angesprochenen Fällen entsteht, ist die, daß sie unbeirrt auf die herrschende Repräsentationstheorie aufbauen.

Nach der Repräsentationstheorie treffen den Vertretenen nur die Wirkungen des Rechtsgeschäfts, welches der Bevollmächtigte abschließt. Der Rechtsgeschäftswille liegt ungeteilt beim Vertreter. Die Vertretungsmacht ist lediglich Voraussetzung und Grenze für die Wirksamkeit dieses Willens, enthält aber keineswegs den rechtsgeschäftlichen Willen selbst. So werden Rechtsgeschäftswille und Erteilung der Vertretungsmacht als zwei juristisch durchaus verschiedene selbständige Tatsachen gewertet. Der Vertreter allein gibt die Willenserklärungen ab und handelt. Nur die rechtlichen Folgen kommen in der Person des Vertretenen zur Entstehung. Die Frage nach dem Verhältnis der Vollmacht zu dem von dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft (Vertretergeschäft) beantworten Rechtsprechung und herrschende Lehre mit der Repräsentationstheorie dahin, daß das Vertretergeschäft völlig unabhängig von der Vollmacht, diese höchstens als Bedingung hierzu aufzufassen ist ³⁶⁾. Rechtsprechung und Literatur sind dadurch gezwungen, in jedem einzelnen Falle eine besondere Verbundenheit von Vollmacht und Vertretergeschäft zu konstruieren und im Anschluß daran aus Sinn und Zweck der Formvorschrift und ihrer überragenden Bedeutung die Formpflicht schon für "das selbständige Rechtsgeschäft der Vollmachterteilung" zu folgern.

Viel einfacher ließe sich eine Begründung für die Formpflicht der Vollmachterteilung finden, wenn man von der Repräsentationstheorie abweiche und wenigstens in diesen Fällen, wo es um Formfragen geht, der Ansicht folgte, die Vollmachterteilung und Vertretergeschäft zusammenfassen will.

Dieser Weg würde allerdings zu einer teilweisen Aufgabe der Repräsentationstheorie führen. Obwohl die Begründungen für das Formerfordernis der Vollmacht zur Vornahme bestimmter formpflichtiger Rechtsgeschäfte dann einheitlich und für jeden Rechtsgenossen einleuchtend wären, können sich Recht-

36) Enneccerus - Nipperdey § 182 I, II;
 Lehmann aaO., S. 285;
 Staudinger - Coing, Vorbemerkungen zum 5. Titel, Anm. 6
 und zu § 167, Anm. 1b;
 BGB-RGRK (Kuhn) zu Vor § 164, Anm. 2, 3

sprechung und Literatur bisher nicht dazu durchringen. Es fragt sich aber, wenn man die vorliegenden Ergebnisse betrachtet, ob sie nicht in Wahrheit diesen Weg bereits beschritten haben.

Wenn man wirklich Bevollmächtigung und Vertretergeschäft konsequent trennt, dann ist für die Anwendung von Formvorschriften auf den Akt der Vollmachterteilung kein Raum, denn § 167 Abs. II BGB sagt, daß die Vollmachterteilung nicht in der Form des Vertretergeschäftes zu geschehen habe. Wenn man jedoch aus der Sorge heraus, den Sinn und Zweck der Formvorschrift bei formloser Vollmachterteilung nicht erreichen zu können, diese Formvorschrift doch schon auf den Akt der Bevollmächtigung anwendet, dann macht man entweder ein stillschweigendes Zugeständnis dahin, daß Vollmachterteilung und Vertretergeschäft irgendwie doch zusammengehören, oder man stellt sich bewußt gegen die Entscheidung des Gesetzgebers. Für diesen Fall muß man dann aber auch eine durchgreifende Begründung zur Hand haben.

Im übrigen erscheint es äußerst fraglich, ob man damit argumentieren kann, Sinn und Zweck der Formvorschrift würden nicht erreicht, wenn man § 167 Abs. II BGB bedingungslos anwende.

Der Vollmachtgeber wird sich doch in jedem Falle überlegen, wen er bevollmächtigt, und auch die Möglichkeit ins Auge fassen, daß etwas nicht nach seinem Willen gehen könnte, wenn der Vertreter das Rechtsgeschäft tätige.

Jeder Vollmachtgeber weiß, daß er mit Vollmachterteilung ein gewisses Risiko übernimmt; dieses Risiko muß er nach dem Willen des Gesetzgebers tragen.

Dem Risiko steht der Vorteil gegenüber, daß der Vollmachtgeber sich mit Einräumung der Zuständigkeit an einen Vertreter der Mühe der Selbstvornahme des Geschäftes begeben kann, wobei ihm § 167 Abs. II BGB ausdrücklich die einfache, formlose Bevollmächtigung gestattet. Wenn man nunmehr -wie auch Rechtsprechung und herrschende Lehre völlig zu Recht- den Gesetzgeber korrigieren will, nämlich in einer Vielzahl von

Fällen die Wirksamkeit der Vollmachterteilung an die Einhaltung derjenigen Form zu knüpfen, der das zu tätige Vertretergeschäft unterliegt, so ist das meines Erachtens nur dann möglich, wenn man eine möglichst alle Tatbestände umfassende und theoretisch ausreichende Begründung hierfür aufweisen kann. An einer solchen fehlt es meiner Ansicht nach sowohl bei den höchstrichterlichen Entscheidungen als auch bei der Auffassung der sogenannten herrschenden Lehre.

4. Kapitel

Die unwiderrufliche Vollmacht

§ 10 Die Zulässigkeit ihrer Erteilung

Mit derselben Entschiedenheit, mit der die Rechtsprechung grundsätzlich die formfreie Vornahme einer Bevollmächtigung bejaht, fordert sie für die Erteilung einer sogenannten unwiderruflichen Vollmacht die Einhaltung derjenigen Form, die für das vorzunehmende Vertretergeschäft vorgeschrieben ist.

Die herrschende Lehre bejaht gleichfalls das Formerfordernis für die unwiderrufliche Vollmacht ³⁷⁾, denn hier sei der Vollmachtgeber ja praktisch ebenso gebunden, wie wenn er sich wirksam zur Übertragung des Grundstücks verpflichtet habe ³⁸⁾.

Damit ist zugleich von Rechtsprechung und Lehre die Frage nach der Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht positiv beantwortet. So wird in einer Entscheidung ³⁹⁾ betont,

37) Esser aaO., S. 27; Lehmann aaO., S. 298; Oberneck aaO., S. 478; Oertmann zu § 313, Anm. 2e; Palandt - Danckelmann zu § 167, Anm. 1 und zu § 313, Anm. 6b

38) BGB-RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 9, 10; Staudinger-Coing zu § 167, Anm. II 4; Staudinger-Seufert zu § 925, Anm. C II 5a; Warneyer zu § 167; Baur aaO., S. 55 f; Goltermann aaO., S. 272; Grussendorf in NJW 1952, S. 1210 f; Hilderscheid aaO., S. 560; Hornig in DNotZ 1950, S. 168 ff (S. 169); Reithmann in DNotZ 1956, S. 469 ff; Walsmann aaO., S. 2516

39) RG in DJZ 1927, S. 884 f

daß es "durchaus zulässig sei, aufgrund mündlicher Einigung den Abschluß eines Kaufvertrages dadurch vorzubereiten und zu sichern, daß der Verkäufer dem Käufer eine unwiderrufliche Vollmacht erteile, das Grundstück an sich selbst zu verkaufen und aufzulassen; nur dürfe auf diese Weise nicht die Formvorschrift des § 313 BGB umgangen werden".

§ 11 Das Problem der Bindung

Aus der Tatsache, daß eine Vollmacht unwiderruflich erteilt wird, leitet die Rechtsprechung ein Anzeichen dafür her, daß mit der Vollmachterteilung bereits von den beteiligten Parteien eine Bindung zur anschließenden Grundstücksveräußerung beabsichtigt sei, ohne jedoch bereits an dieses Merkmal allein schon das Formerfordernis für die Vollmacht zu knüpfen ⁴⁰⁾. Die Form fordern die höchstrichterlichen Entscheidungen nur für die Fälle, in denen die Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung nach dem Willen der Parteien tatsächlich schon mit Vollmachterteilung begründet werden sollte. Hier werde der Weg über die Formfreiheit des Bevollmächtigungsaktes zur Umgehung der Formvorschrift des § 313 BGB gewählt, wenn nämlich "die Vollmacht bereits eine rechtliche oder tatsächliche Bindung des Vollmachtgebers zur Veräußerung enthielt" ⁴¹⁾.

Begründet wird die Forderung, daß eine unwiderruflich erteilte Vollmacht der Form des Vertretergeschäftes unterliege, damit, daß anderenfalls der Zweck der Formvorschrift des § 313 BGB gefährdet werde ⁴²⁾ und daß durch sie der Voll-

40) RG in Warn.Rspr. 1942, Nr. 76;
RG in Seuff.Arch. Bd. 96, Nr. 32

41) Urteil des 5. Zivilsenats des BGH vom 11. Juli 1952 in NJW 1952, S. 1210 f;
so ferner schon Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 12. April 1912 in RGZ Bd. 79, S. 212 ff;
Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 20. März 1925 in RGZ Bd. 110, S. 319 ff;
RG in Warn.Rspr. 1942, Nr. 76;
KG in JW 1937, S. 471 und schließlich
KG in DNotZ 1940, S. 438 f

42) KG in DNotZ 1933, S. 181 ff

machtgeber dem Vollmachtnehmer ausgeliefert werde ⁴³⁾.

Die Vollmachterteilung verfolge, wenn sie unwiderruflich geschehe, den gleichen Zweck wie das Hauptgeschäft. Vor allem aber werde bei einer unwiderruflichen Vollmacht der Schutz des Vollmachtgebers, der darin bestehe, daß er eine Vollmacht jederzeit widerrufen könne, illusorisch ⁴⁴⁾. Deshalb sei es nötig, die unwiderrufliche Vollmacht der Form zu unterstellen, damit sich der Vollmachtgeber rechtzeitig über die Folgen ihrer Erteilung Gedanken mache.

Für unerheblich wird es erachtet, ob sich der Vollmachtgeber seine Rechte zur selbständigen Grundstücksveräußerung vorbehalten hat oder nicht ⁴⁵⁾.

§ 12 Die besondere Bedeutung des Kausalverhältnisses

Die Unwiderruflichkeit selbst muß stets, so betonen es Rechtsprechung und Lehre, aus dem der Vollmacht zugrundeliegenden Kausalverhältnis hergeleitet werden ⁴⁶⁾, etwa aus einem zwischen Vollmachtgeber und -nehmer bestehenden Auftragsverhältnis, einem Werk- oder Dienstvertrag ⁴⁷⁾.

Wenn sich beispielsweise der Vollmachtgeber bei Erteilung des Auftrages bereits verpflichtet, diesen bis zu einem be-

43) OLG München in DNotZ 1951, S. 31 ff

44) Enneccerus - Nipperdey § 184 II, 1

45) BGB-RGRK (Denecke) zu § 313, Anm. 3c;
Erman - Groepper zu § 313, Anm. 8a, bb

46) Urteil des OLG-München vom 28. Juni 1950 in DNotZ 1951, S. 31 ff: "Solche Unwiderruflichkeit kann aber nur aus dem kausalen Grundgeschäft hergeleitet werden"; ferner RG in Warn.Rspr. 1942, Nr. 76 und OLG-Königsberg in OLG-E. Bd. 22, S. 157 ff

47) Brand-Schnitzler aaO., S. 424;
Bett aaO., S. 64;
Sternberg in JW 1932, S. 1367 ff (1370);
Oertmann zu § 313, Anm. 2e: "Die unwiderruflichen Vollmachten sind ja nie reine Vollmachten, sondern beruhen stets auf einem besonderen, die Anwendung der Form erfordernden Kausalverhältnis und dem damit zu verfolgenden Interesse des Empfängers".

stimmten Termin nicht zu widerrufen, darüber hinaus einen etwaigen Widerruf unter eine erhebliche, ihn treffende Vertragsstrafe stellt, so spricht vieles dafür, daß die im Anschluß an das Auftragsverhältnis erteilte Vollmacht den gleichen Bedingungen unterliegen soll, daß die Beteiligten eine unwiderrufliche Vollmacht jedenfalls beabsichtigt haben 48).

Wann insbesondere eine formpflichtige, unwiderrufliche Vollmacht vorliege, hat das Kammergericht in einer Entscheidung 49) festgestellt, indem es ausgeführt hat: "Eine unwiderrufliche Vollmacht liegt dann vor, wenn sich aus dem Grundverhältnis ergibt, daß die Vollmacht nicht dem Interesse des Vollmachtgebers oder seinem Interesse allein, sie vielmehr auch dem des Bevollmächtigten oder eines Dritten dient. Weiterhin ist erforderlich, daß das Interesse des Bevollmächtigten oder Dritten an dem auszuführenden Geschäft dem des Vollmachtgebers gleichwertig ist".

§ 13 Die eigene Ansicht zur Formgebundenheit einer unwiderruflichen Vollmacht

Mit Rechtsprechung und herrschender Lehre wird auch im Rahmen dieser Abhandlung davon ausgegangen, daß es möglich ist, eine Vollmacht unwiderruflich zu erteilen.

Auch die weitere Frage, ob die unwiderrufliche Vollmacht, die zur Vornahme eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes erteilt wird, der Form des § 313 Satz 1 BGB bedarf oder nicht, wird hier eindeutig bejaht. Allerdings wird das Formerfordernis auf andere Weise begründet als in Rechtsprechung und Literatur.

Vorausgesetzt wird ferner, daß eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt wird, um auf diese Weise die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB zu umgehen. Da es sich dabei um eine unzulässige Gesetzesumgehung -Umgehung einer Formvorschrift- handelt, kann die Vollmacht eben nicht formlos, sondern nur gerichtlich oder notariell beurkundet wirksam sein.

48) RG in Warn.Rspr. 1911, Nr. 393

49) KG in HRR 1934, Nr. 2

Das Formerfordernis der Vollmacht läßt sich jedoch nicht mit der Behauptung begründen, eine derart modifiziert erteilte Vollmacht enthalte auf jeden Fall eine nicht mehr zu beseitigende rechtliche Bindung des Vollmachtgebers.

Vielmehr gilt meines Erachtens auch für die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht der Grundsatz: Wenn die Bevollmächtigung ausgesprochen wird, so räumt damit der Vollmachtgeber dem Vertreter über dessen Zuständigkeit zum Abschluß von Rechtsgeschäften hinaus eine weitere ein, nämlich für ihn, den Vertretenen, Geschäfte tätigen zu können.

Wird die Vollmacht zusätzlich noch unwiderruflich erteilt, so bedeutet das im Tatsächlichen zwar eine noch engere Bindung des Vollmachtgebers an den Bevollmächtigten als bei der Erteilung einer nicht modifizierten Vollmacht. Diese stärkere Bindung will der Vertretene jedoch aufgrund des der Bevollmächtigung zugrundeliegenden Kausalverhältnisses (Auftrag, Dienstvertrag u.a.) gerade erreichen.

Aber auch bei der unwiderruflichen Vollmacht hat sich der Machtgeber in keiner Weise der Möglichkeit begeben, selbst die Geschäfte vorzunehmen.

Das den Widerruf ausschließende kausale Rechtsverhältnis nimmt dem Vollmachtgeber nicht für alle Zeit die Möglichkeit, die dem Bevollmächtigten zusätzlich eingeräumte Zuständigkeit wieder zu entziehen.

Häufig wird der Vollmachtgeber allerdings gar nicht wissen, daß ihm dieser Weg noch offensteht, sondern glauben, er habe sich mit dem Verzicht auf Widerruf für immer in die Abhängigkeit seines Bevollmächtigten begeben.

Jedoch auch die unwiderruflich erteilte Vollmacht bleibt rechtlich immer nur Vollmacht. Das bedeutet, dem Vertreter ist für die Zukunft die Möglichkeit gegeben, für den Vertretenen rechtswirksam Geschäfte abzuschließen -nichts weiter. Keineswegs ist es also so, daß bereits mit Erteilung der unwiderruflichen Vollmacht der Vertretene das Vertretergeschäft in einem stärkeren Maße gefördert habe, wie wenn er eine nicht modifizierte Vollmacht erteilt habe.

Man kann schließlich noch fragen, warum wohl der eine oder andere Vollmachtgeber unwiderruflich Vollmacht erteilt.

Gewiß nicht, wie schon gesagt, um sich persönlich der Möglichkeit zu begeben, über die zu seinem Rechtskreis gehörenden Gegenstände selbst zu verfügen, sondern vielmehr, um das Verhältnis zu dem Bevollmächtigten enger als gewöhnlich zu gestalten. Grundlage der unwiderruflich erteilten Vollmacht ist das ihr zugrundeliegende, zwischen dem Vertreter und Vertretenen bestehende Rechtsverhältnis, mag es sich um einen Auftrag, ein Dienstverhältnis oder auch einen Werkvertrag handeln.

Aber auch andere Gründe können angeführt werden, die den Machtgeber zur Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht veranlassen: Der Vertretene kann ein besonderes Vertrauen zum Vertreter haben, die beiden können in einem engen geschäftlichen Kontakt stehen, der Vollmachtgeber kann durch die Erteilung der modifizierten Vollmacht den Vertreter zu rascherem Handeln und zu größerem Einsatz veranlassen wollen oder aber der Vollmachtgeber kann tatsächlich für längere Zeit seine Zuständigkeit persönlich nicht nutzen wollen.

Jedenfalls ist es so, daß auch der unwiderruflich bevollmächtigte Vertreter Vertreter bleibt wie jeder andere, dem ein Vollmachtgeber Vertretungsmacht gegeben hat.

Tatsächlich mag eine stärkere Bindung zwischen Vertretenem und Vertreter gewollt sein und bestehen, rechtlich ist kein Unterschied zu erblicken.

Daß die unwiderruflich erteilte Vollmacht zu einem formpflichtigen Vertretergeschäft des § 313 Satz 1 BGB dennoch der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, ergibt sich allein aus der Tatsache der Vollmachterteilung zu einem Grundstücksveräußerungsgeschäft.

Keiner hat jemals behauptet oder gar gefordert, daß eine unwiderruflich erteilte Vollmacht, die zu einem Buchverkauf berechtigt, zu ihrer Wirksamkeit irgendeiner Form bedürfe. Auf diesen Gedanken kommt man eben deshalb nicht, weil das

Vertretergeschäft -der Kaufvertrag über das Buch- formlos rechtswirksam zustandekommen kann.

Anders im Falle der Grundstücksveräußerung. Sie ist nur wirksam, wenn für den Vertrag die Form des § 313 Satz 1 BGB eingehalten worden ist. Weil aber, obwohl Rechtsprechung und Lehre das verneinen, ein enger Zusammenhang zwischen Bevollmächtigung und Vertretergeschäft besteht, muß notwendigerweise bereits die Vollmacht zum Abschluß des Grundstücksveräußerungsgeschäftes in gerichtlicher oder notarieller Form erteilt werden, um rechtswirksam zu sein.

Die Frage der Unwiderruflichkeit der Vollmacht spielt demgegenüber eine untergeordnete Rolle. Sie ist letztlich nur für das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und -nehmer interessant.

5. Kapitel

Die von der Beschränkung des § 181 BGB befreite Vollmacht

§ 14 Der Grundsatz

Zu einer so entschiedenen Bejahung der Formgebundenheit einer Vollmacht wie im Falle ihrer unwiderruflichen Erteilung sind Rechtsprechung und Schrifttum dann nicht gekommen, wenn es sich um eine von der Beschränkung des § 181 BGB befreite Vollmacht handelt, also beispielsweise der Erwerb eines Grundstücks so geregelt werden soll, daß der Erwerber von dem Veräußerer bevollmächtigt wird, in dessen Namen als dessen Vertreter sich selbst den Verkaufsantrag zu stellen.

Der Bundesgerichtshof ⁵⁰⁾ hat sich der Ansicht angeschlossen, die sagt, daß es entscheidend darauf ankomme, ob der Vollmachtgeber sich durch Aushändigung der Urkunde bereits rechtlich habe binden wollen, und daß bei Befreiung von der

50) Urteil des 5. Zivilsenats des BGH vom 11. Juli 1952 in NJW 1952, S. 1210 f

Beschränkung des § 181 BGB im einzelnen Falle zu prüfen sei, ob dies der Fall sei. Gleichsam als Obersatz hat die Rechtsprechung hier herausgestellt, daß nicht jede von der Vorschrift des § 181 BGB befreite Vollmacht zur Vornahme eines formbedürftigen Vertretergeschäftes selbst der Form unterliege, da in der Regel der Machtgeber das Recht zum jederzeitigen Widerruf der Vollmacht behalte, so daß sich nicht sagen lasse, er habe sich durch die Erteilung einer derartigen Vollmacht bereits endgültig zur Übereignung des Grundstücks an den Vertreter gebunden ⁵¹⁾.

Bei ihrer uneinheitlichen Beurteilung der infrage kommenden Fälle kommt die Lehre zu dem Ergebnis, daß der Umstand der Befreiung der Vollmacht von der Beschränkung des § 181 BGB allein noch nicht für die Unterwerfung unter die Vorschrift des § 313 BGB ausreiche ⁵²⁾.

51) Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 12. November 1927 in HHR 1928, Nr. 304;
 ferner RG in JR 1925, Nr. 1002;
 RG in JW 1930, S. 1300 ff;
 Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 6. Oktober 1930 in Seuff.Arch.Bd. 85, Nr. 60;
 Beschluß des 1. Zivilsenats des KG vom 7. Januar 1926 in Rspr.OLG Bd. 45, (1926), S. 115 f;
 Beschluß des 1. Zivilsenats des KG vom 29. August 1940 in DNotZ 1940, S. 438 f;
 Beschluß des OLG München vom 8. September 1937 in DNotZ 1938, S. 165 f;
 Beschluß des 3. Zivilsenats des OLG Koblenz vom 3. September 1948 in NJW 1949, S. 224 f;
 Urteil des OLG München vom 28. Juni 1950 in DNotZ 1951, S. 31 ff

52) Staudinger - Goig zu § 167, Anm. II 4;
 Baur aaO., S. 55;
 Hornig aaO., S. 169;
 Grussendorf in NJW 1952, S. 1210 ff (1210)

§ 15 Der "Zweck" einer solchen Vollmacht

Es soll nach Ansicht von Rechtsprechung und Lehre die Frage der Formbedürftigkeit stets nach den Umständen des einzelnen Falles und dem gesamten Inhalt und Zweck des Vertrages entschieden werden 53).

Als Zweck der Bevollmächtigung und der Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB können sich praktische Erwägungen darstellen -der Vollmachtgeber ist krank oder auf längere Zeit verreist-, ohne daß damit eine Gebundenheit des Vollmachtgebers gewollt zu sein braucht 54).

Die Tatsache, daß Befreiung von der Bestimmung des § 181 BGB erteilt worden ist, wird jedoch nicht als ausschlaggebend für das Formerfordernis bezeichnet, sondern nur als Anzeichen hierfür gewertet 55).

Hat der Vollmachtgeber bei Erteilung der Vollmacht unter Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB gleichzeitig auch auf den Widerruf, sei es auf Zeit, sei es auf immer ver-

53) RG in JR 1925, Nr. 1002;

Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 17. Januar 1930 in JW 1930, S. 1300 ff;

Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 6. Oktober 1930 in Seuff.Arch.Bd. 85, Nr. 60;

BGH in NJW 1952, S. 1210 f;

Beschluß des OLG München vom 8. September 1937 in DNotZ 1938, S. 165 ff;

OLG Koblenz in NJW 1949, S. 224 f;

Urteil des 2. Zivilsenats des OLG Stuttgart/Karlsruhe vom 27. Juli 1949 in DNotZ 1950, S. 166 ff

54) Beschluß des 3. Zivilsenats des OLG Koblenz vom 3. September 1948 in NJW 1949, S. 224 f;

Urteil des 2. Zivilsenats des OLG Stuttgart/Karlsruhe vom 27. Juli 1949 in DNotZ 1950, S. 166 ff: "Als Zweck der Bevollmächtigung und insbesondere auch der Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB stellten sich hier-nach praktische Erwägungen dar"

55) Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 16. März 1942 in Seuff.Arch.Bd. 96, Nr. 32;

Urteil des 2. Zivilsenats des OLG Stuttgart/Karlsruhe vom 27. Juli 1949 in DNotZ 1950, S. 166 ff: "Mit Recht weist das Landgericht darauf hin, daß die Befreiung des Bevollmächtigten von der Beschränkung des § 181 BGB ein Anzeichen für eine derartige tatsächliche Bindung sein kann"

zichtet, so folgert die Rechtsprechung schon aus diesem Widerrufsverzicht die Formgebundenheit der Vollmacht ⁵⁶⁾.

Für die anderen Fälle wird darauf abgestellt, ob der Vollmachtgeber sich mit Aushändigung der Vollmachtsurkunde bereits rechtlich zur Veräußerung des Grundstücks habe binden wollen ⁵⁷⁾, ob zu dieser Zeit schon "eine vollkommene Einigung zwischen Käufer und Verkäufer bestanden habe und die Vollmacht nur noch aus Bequemlichkeit erteilt worden sei; hier sollte die Vollmacht nur Verkleidung sein" ⁵⁸⁾, und daher sei in diesen Fällen die Vollmacht der Form unterworfen, oder ob aus der ganzen Sachlage hervorgehe, daß die Vollmacht in Wirklichkeit nur eine zugunsten des anderen Teils abgegebene verpflichtende Verkaufserklärung sein solle ⁵⁹⁾.

Sonst sei aber festzustellen, daß "die Ermächtigung des Vertreters, auch mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäftes im Namen des Vertretenen vorzunehmen, für sich allein noch nicht die Beobachtung der Form des § 313 Satz 1 BGB bedinge, auch wenn die Vollmacht sich auf den Verkauf eines Grundstückes bezogen habe. Denn auch in einem solchen Falle behalte der Machtgeber das Recht, zu jeder Zeit die Vollmacht zu widerrufen, so daß sich nicht sagen lasse, er habe sich durch die Erteilung einer derartigen Vollmacht bereits endgültig zur Übereignung des Grundstückes an den Vertreter gebunden" ⁶⁰⁾.

56) KG in DNotZ 1937, S. 687 f;
ferner folgt das aus RG in JR 1925, Nr. 1002: "Denn an sich begründet die Einräumung der Befugnis zum Selbstkontrahieren keine Einschränkung des Rechts des Machtgebers zu jederzeitigem Widerruf der Vollmacht"

57) RG in RGZ Bd. 97, S. 332 ff;
BGH in NJW 1952, S. 1210 f und
KG in DNotZ 1940, S. 438 f

58) Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 12. November 1927 in HRR 1928, Nr. 304

59) Enneccerus-Nipperdey § 184 II, 1 Anm. 9;
von Tuhr aaO., S. 391; Baur aaO., S. 55;
Brand-Schnitzler aaO., S. 425;
Grussendorf in NJW 1952, S. 1210 ff;
Kersten-Künzel aaO., S. 94;
BGB-RGRK (Denecke) zu § 313, Anm. 3c

60) RG in HRR 1928, Nr. 304; RG in JR 1925, Nr. 1002

Oder positiv ausgedrückt: Form sei nur zu verlangen, "wenn durch die unter Befreiung von § 181 BGB erfolgende Bevollmächtigung der Bevollmächtigte in die Lage versetzt werde, sich das Eigentum an dem Grundstück des Machtgebers ohne Rücksicht auf eine abweichende Willensentschließung desselben zu verschaffen, weil solchenfalls die Vollmacht für den Vollmachtgeber im Ergebnis ebenso bindend sei wie ein Verpflichtungsgeschäft im Sinne des § 313 BGB" ⁶¹⁾.

Selten ist diese Spielart der Vollmacht dann für formbedürftig anzusehen, wenn sie sich nicht auf die Veräußerung eines bestimmten Grundstücks beschränkt, sondern eine Generalvollmacht ist, obwohl es für die Beurteilung der Formfrage nicht darauf ankomme, ob eine General- oder eine Spezialvollmacht vorliege ⁶²⁾, "denn in einer Spezialvollmacht kann noch kein Anzeichen dafür gesehen werden, daß der Bevollmächtigte ein eigenes Interesse verfolgt und der Vollmachtgeber sich habe binden wollen" ⁶³⁾.

§ 16 Die eigene Stellungnahme hierzu

Der Fall der Vollmachterteilung unter Befreiung der Vollmacht von der Beschränkung des § 181 BGB ist meines Erachtens nicht anders zu beurteilen als der einer unwiderruflichen Bevollmächtigung.

Es kann dahinstehen, ob der Vollmachtgeber auf die Beschränkung des § 181 BGB aus praktischen Erwägungen verzichtet oder aber deshalb, weil er zum Vertreter ein besonderes Vertrauen hat. An der konkurrierenden Zuständigkeit des Machtgebers ändert sich auch hier nichts. Mag wie schon bei der unwiderruflichen Vollmacht im Tatsächlichen die Bindung

61) Beschluß des 1. Zivilsenats des KG vom 29. August 1940 in DNotZ 1940, S. 438 f;
RG in JW 1932, S. 1367 und
Bay.OLG in Bay-OLGE. 1954, S. 225 f

62) Brand-Schnitzler aaO., S. 424;
Hornig aaO., S. 170

63) Grussendorf in NJW 1952, S. 1210 ff

zwischen Vertretenem und Vertreter stärker sein als bei einer einfachen Vollmacht, rechtlich ist jeder von beiden befugt, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. Wenn aber der Vollmachtgeber in der Lage ist, auch nach Erteilung der Vollmacht noch selbst das Geschäft zu tätigen, wie kann man dann behaupten, daß die Vollmachterteilung den Vertretenen ebenso binde wie das spätere Vertretergeschäft.

Dieses kann nach dem Ausspruch der Bevollmächtigung neben dem Vollmachtgeber eben auch der Vertreter vornehmen und zwar, da er von der Beschränkung des § 181 BGB befreit ist, in einer gesetzlich sonst nicht zulässigen Weise.

Eine befriedigende Antwort auf die Frage, ob die unter Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB erteilte Vollmacht der Form des Vertretergeschäftes bedarf oder nicht, gibt auch hier allein die Stellungnahme zur Stellvertretungslehre als solcher.

Erkennt man den Zusammenhang von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft als notwendig an, so muß man eben deshalb für die Wirksamkeit der in dieser Weise modifizierten Vollmacht zu einem Grundstücksveräußerungsgeschäft die Einhaltung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung verlangen, während das bei Vollmachterteilung zu einem nicht formpflichtigen Vertretergeschäft nicht erforderlich ist.

Die hervorragende Bedeutung der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB wirkt sich beim Zusammentreffen mit § 167 Abs. II BGB dahin aus, daß diese Bestimmung nicht anwendbar verbleibt. Trennt man jedoch fein säuberlich den Akt der Bevollmächtigung von der Vornahme des Vertretergeschäftes, so muß man von Fall zu Fall in die modifiziert erteilte Vollmacht etwas hineingeheimnissen, an das Vollmachtgeber und -nehmer bestimmt nicht gedacht haben.

6. Kapitel

Die sonstigen Fälle der Umgehung der gesetzlichen Formvorschriften durch Vollmachterteilung

- § 17 Untrennbare Verbindung von Vollmacht und formpflichtigem Vertretergeschäft; eventuell Nichtigkeit der formlosen Vollmacht nach § 139 BGB

Eine Vielzahl von Fällen, in denen die Gültigkeit der Bevollmächtigung von Rechtsprechung und Lehre an die Einhaltung einer bestimmten Form gebunden wird, läßt sich weder unter die unwiderruflichen noch unter die von der Beschränkung des § 181 BGB befreiten Vollmachten einordnen.

Die Formgebundenheit dieser Vollmachten wird deshalb von der Rechtsprechung - ihr folgt die herrschende Lehre - mit den verschiedenartigsten Begründungen bejaht. Aus der Vielzahl der Fälle lassen sich einzelne Gruppen bilden.

Rechtsprechung und Lehre haben die Formpflicht für eine Bevollmächtigung dann für notwendig erachtet, wenn die Vollmacht als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts erscheint, das seinerseits einer bestimmten Form bedarf⁶⁴⁾, "wenn alle vorgenommenen Rechtshandlungen -Vertragsabreden und Vollmachterteilung- im engsten Zusammenhang stehen und ein einheitliches Ganzes bilden"⁶⁵⁾.

64) Sternberg in JW 1930, S. 3473 f (S. 3475);
ders. in JW 1932, S. 1367 ff (S. 1368);
Rosenberg in JW 1920, S. 966;
Grussendorf in DNotZ 1951, S. 34 ff (S. 35);
Beneke in JW 1926, S. 36 f;
Fülster in JW 1925, S. 2585 f (S. 2587): "Die Vollmacht ist zwar regelmäßig, aber nicht notwendig abstrakt. Sie kann durch den Parteiwillen mit dem Kausalverhältnis derart zu einer Einheit verbunden sein, daß sie mit dem Bestand des Grundgeschäfts steht und fällt";
BGB - RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 9;
Staudinger - Werner zu § 313, Anm. A II, 3 b;
Oertmann zu § 167, Anm. 2

65) Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 9. Juni 1920 in JW 1920, S. 966 f

Die Formpflicht wird hergeleitet aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 139 BGB, und zwar für all die Fälle, in denen die Bevollmächtigung niemals ohne den Vertrag erfolgt sein würde, in denen die Vollmacht allein zur Ausführung des Vertrages erteilt werde ⁶⁶⁾.

Zu prüfen ist aber immer die Frage, ob die Vollmacht auch dann erteilt worden wäre, wenn die Beteiligten um die Nichtigkeit des Vertrages wegen Nichteinhaltung der zu seinem Vollzug notwendigen Form gewußt hätten. Wenn nicht anzunehmen ist, daß die Vertragsparteien die Bevollmächtigung selbst dann ausgesprochen hätten, wenn sie das Kaufgeschäft als nichtig erkannt hätten, ist nach Ansicht der Rechtsprechung Raum für die Anwendung des § 139 BGB gegeben ⁶⁷⁾.

Im anderen Falle, wenn die Beteiligten die Vollmacht auch gerade dann erteilt haben würden, wenn sie davon Kenntnis gehabt hätten, daß der Vertrag wegen seiner Nichtbeurkundung nichtig gewesen sei, aber die Nichtigkeit durch Vornahme der Auflassung aufgrund der Vollmacht geheilt werden könnte, bejahen die Entscheidungen die Gültigkeit der Bevollmächtigung und zwar deshalb, weil dann der Ausnahmefall des § 139 2. Halbsatz BGB gegeben sei ⁶⁸⁾.

Dieser Ausnahmefall sei insbesondere dann gegeben, wenn die Vollmacht nicht auf die Veräußerung eines Grundstücks beschränkt sei, vielmehr auch die Ermächtigung zu anderen Rechtsgeschäften umfasse. Hier lasse sich die in eine einheitliche Erklärung zusammengefaßte Vollmacht in mehrere

66) vgl. hierzu das Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 5. Februar 1902 in RGZ Bd. 50, S. 163 ff

67) Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 13. November 1918 in RGZ Bd. 94, S. 147: "Es läßt sich auch nicht denken, daß die Beteiligten die Vollmacht selbst dann erteilt haben würden, wenn sie das Kaufgeschäft als nichtig angesehen hätten. Bei dieser Sachlage ist die Anwendbarkeit des § 139 BGB, daß, wenn auch nur ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft von dieser Nichtigkeit erfaßt wird, unbedenklich gegeben"

68) Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 7. Dezember 1921 in RGZ Bd. 103, S. 295 ff

Einzelermächtigungen teilen ⁶⁹⁾, die auch einzeln, soweit sie eben nicht nichtig seien, vorgenommen worden wären.

Jener Regelfall liege jedoch auch dann vor, wenn die Vollmacht mündlich neben dem notariellen Vertrag gegeben werde und der Bevollmächtigte aufgrund dieser mündlichen Bevollmächtigung die Auflassung vornehmen könnte oder wenn Vertragsabreden und Vollmachterteilung in zwei getrennten Urkunden vorgenommen würden, da auch in diesem Falle die Vollmachterteilung ein Bestandteil des gesamten Vertrages bleibe und die Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 313 Satz 1 BGB sie gleichfalls nach § 139 BGB ergreife. Wenn beispielsweise Vertragsurkunde und Vollmachtsurkunde übereinstimmend den Satz enthielten, daß die Vollmacht zur Ausführung des Auftragsvertrages erteilt und daß sie nur gleichzeitig mit diesem widerrufen werden könne, so zerstöre die aus § 313 BGB fließende Nichtigkeit des kausalen Teils des Vertrages auch die Rechtswirksamkeit der Vollmacht. Auch sie sei nichtig, nicht weil diese der Form bedürfe, sondern gemäß § 139 BGB, weil sie nur ein Teil eines zu einem anderen Teile formbedürftigen, aber formwidrigen und darum zu diesem Teile und folgeweise in seiner Ganzheit nichtigen Vertrages sei ⁷⁰⁾.

In all diesen Fällen ist es m.E. jedoch so, daß der Vollmachtgeber wie stets eine andere Person neben sich selbst für zuständig erklären will, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die er selbst, der Vollmachtgeber, auch nach Vollmachter-

69) Beschluß des 1. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. August 1940 in DNotZ 1940, S. 439 f: "Ist aber die Vollmacht nicht auf die Veräußerung eines Grundstücks beschränkt, umfaßt sie vielmehr auch die Ermächtigung zu anderen Rechtsgeschäften, so ist zu prüfen, ob § 139 BGB anwendbar ist; dafür ist Voraussetzung, daß die in eine einheitliche Erklärung zusammengefaßte Vollmacht sich in mehrere Einzelermächtigungen teilen läßt. Eine solche Vollmacht ist hier gegeben. Die vorliegende Vollmacht ist eine allgemeine Grundstücksverwaltungs- und -verfügungsvollmacht"

70) Urteil des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 3. Dezember 1912 in RGZ Bd. 81, S. 49 ff; ferner Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 13. November 1918 in RGZ Bd. 94, S. 147 ff

teilung noch tätigen kann. Es ist kein Fall denkbar, in dem die Bevollmächtigung untrennbarer Bestandteil des Vertretergeschäftes ist, sondern die Vollmacht befähigt immer nur zur Vornahme des Vertretergeschäftes. Dabei ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob nicht der Akt der Bevollmächtigung und das Vertretergeschäft, beide zusammen, ein Rechtsgeschäft bilden. Diese enge Verbindung bewirkt es, daß die Vollmachterteilung schon in der Form des § 313 Satz 1 BGB zu geschehen hat, wenn wirksam Vollmacht zu einer Grundstücksveräußerung erteilt werden soll.

§ 18 Vollmachterteilung als einziger Tatbestandsbeitrag des Vertretenen am Vertretergeschäft

Formpflicht hat die Rechtsprechung ferner angenommen für die Fälle, in denen der Veräußerer eines Grundstücks mit der Vollmachterteilung bereits alles getan hat, was von seiner Seite zum Abschluß des Vertrages erforderlich ist. "Hier nämlich dient die Formfreiheit der Vollmacht dazu, das sonst formpflichtige Kaufgeschäft im Wege einer formfreien Bevollmächtigung rechtswirksam zustande zu bringen; das darf nicht zugelassen werden" ⁷¹⁾.

Der hier angesprochene Fall gleicht dem der unwiderruflich erteilten Vollmacht. Während sich aber die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung stets aus dem kausalen Grundverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter in erster Linie ergibt, sind hier auch Fälle denkbar, in denen der Vollmachtgeber ohne Vorliegen eines derartigen Kausalverhältnisses sich hinsichtlich des Abschlusses des Vertrages auf die Vollmachterteilung beschränkt. Man kann jedoch nicht behaupten, daß, da der Vollmachtgeber mit Erteilung der Vollmacht alles getan hat, was von seiner Seite zum Zustande-

71) vgl. Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 29. März 1922 in RGZ Bd. 104, S. 236 ff und ferner RG in Warn.Repr. 1930, Nr. 92

kommen des Vertrages erforderlich ist, deshalb die Vollmacht der Form des Vertretergeschäftes bedürfe. Es gibt gewiß Fälle, in denen der Vollmachtgeber nach Erteilung der Vollmacht sich um nichts mehr kümmert, was das Vertretergeschäft betrifft. Auch hier hat er jedoch rechtlich wie tatsächlich durchaus noch die Möglichkeit, in den Ablauf der Geschehnisse einzugreifen.

Er hat eine Vollmacht erteilt wie jede andere Vollmacht auch. Er hat sie allerdings zu einem besonderen Geschäft erteilt, das seinerseits der gerichtlichen oder notariellen Form zu seiner Gültigkeit bedarf. Und gerade deshalb bedarf die Vollmacht zu ihrer Rechtswirksamkeit schon der für das Vertretergeschäft vorgeschriebenen Form.

§ 19 Die Vollmacht legt bindend die Veräußerungsverpflichtung des Machtgebers fest

Eng verwandt sind mit diesen Tatbeständen ferner diejenigen, in denen mit der Vollmachterteilung in bindender Weise die Veräußerungsverpflichtung des Machtgebers festgelegt wird. Auch hier haben Rechtsprechung und Lehre ⁷²⁾ die Vollmacht der für dieses Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form unterworfen. Insbesondere hat das Reichsgericht ⁷³⁾ einen derartigen Fall angenommen, wenn "durch die Vollmachterteilung dem Veräußerer die Entschliebung über den Verkauf bereits tatsächlich entzogen und das Zustandekommen des Verkaufs etwa einem Angestellten des Erwerbers anheimgegeben sei, der

72) Enneccerus-Nipperdey § 184, II 1;
 Staudinger-Coing zu § 167, Anm. II 4;
 Soergel-Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 8;
 Soergel-Siebert (Schmidt) zu § 313, Anm. 9;
 Asch aaO., S. 63;
 Kiehl aaO., S. 121;
 Grussendorf in DNotZ 1951, S. 34 ff (34)

73) vgl. Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 14. Dezember 1921 in Seuff.Arch.Bd. 77, Nr. 61

lediglich den durch den ihm erteilten Auftrag in allen Teilen bereits festgelegten Kaufvertrag zu notariellem Protokoll erklären solle".

Ferner dann, "wenn schon durch die formfreie Vollmachterteilung im Verhältnis von Vollmachtgeber zu -nehmer diejenige rechtliche Bindung herbeigeführt werde, welche die Parteien mittels der in der Vollmachtsurkunde niedergelegten Kaufvereinbarungen in Ermangelung der in § 313 BGB vorgeschriebenen Form gar nicht herbeiführen konnten" ⁷⁴⁾.

Nach dem Willen der Beteiligten und dem Zweck, den sie mit der Ausstellung der Vollmachtsurkunde verfolgen, muß im Einzelfall nach Ansicht der Rechtsprechung entschieden werden, ob sie sich mit der Vollmachterteilung bereits so binden wollten, wie wenn sie einen Kaufvertrag etwa über ein Grundstück des Machtgebers abgeschlossen hätten ⁷⁵⁾, ob mithin die Vollmacht nur den in eine andere Form eingekleideten Kaufvertrag darstelle ⁷⁶⁾. In einem solchen Falle, in dem die Parteien ja die Formvorschrift des § 313 BGB zu umgehen suchten, sei die Gültigkeit der Vollmacht selbst an die Wahrung der in § 313 BGB vorgeschriebenen Form gebunden ⁷⁷⁾.

Diese in weiteren Entscheidungen immer wieder vertretene Auffassung des Reichsgerichts ⁷⁸⁾ hat auch der Bundesge-

74) Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 12. April 1912 in RGZ Bd. 79, S. 212 f

75) vgl. Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 14. Januar 1932 in Seuff.Arch.Bd. 86, Nr. 112: Zur Entscheidung der Frage, ob trotz der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB die zur Grundstücksveräußerung ermächtigende Vollmacht der Form des § 313 Satz 1 BGB bedarf, "kommt es stets auf den Willen der Beteiligten an und auf den von ihnen mit der Ausstellung der Vollmacht beabsichtigten Zweck, und dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden".

76) Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 12. April 1912 in RGZ Bd. 79, S. 212 ff

77) Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 12. April 1912 in RGZ Bd. 79, S. 212 ff

78) RG in Warn.Rspr. 1917, Nr. 114;
 RG in JW 1930, S. 3474 ff;
 RG in JW 1931, S. 522; aber auch:
 KG in JW 1937, S. 471;
 KG in DNotZ 1937, S. 687 und
 KG in DNotZ 1940, S. 439 f

richtshof übernommen ⁷⁹⁾, der stets dann eine Ausnahme vom Grundsatz des § 167 Abs. II BGB zulassen will, "wenn die Vollmacht zur Verdeckung einer beabsichtigten Grundstücksveräußerung benutzt wird und die Vollmacht bereits eine rechtliche Bindung des Vollmachtgebers zur Veräußerung enthält".

Insbesondere für die Tatbestände, in denen die tatsächliche oder rechtliche Bindung der Parteien in einer unwiderruflichen Vollmacht enthalten ist, fordern die höchstgerichtlichen Entscheidungen die Einhaltung der für das Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form ⁸⁰⁾. Der tiefere Grund für diese Auffassung dürfte in der Tatsache zu suchen sein, daß es sich eben um unwiderrufliche Vollmachten handelt.

Daß bei Ausschluß des Widerrufs insbesondere die dem § 167 Abs. II BGB widersprechende verkaufsähnliche Bindung erreicht werden kann, ist klar ersichtlich.

Ferner fordert die Rechtsprechung die Einhaltung der Formvorschriften bei Vollmachten mit bindender Wirkung der Beteiligten deshalb, weil sie den Vollmachtgeber durch die Verpflichtung zur Einhaltung der Formvorschriften vor der leichtfertigen Eingehung von Veräußerungsverpflichtungen durch Vollmachterteilung schützen will. Dieser Schutz des Vollmacht einräumenden Verkäufers vor jeglicher Leichtfertigkeit sei der Hauptgrund für den Beurkundungszwang bei den hier in Frage stehenden Grundstücksveräußerungsverträgen ⁸¹⁾.

Auch für diese Fälle gilt meines Erachtens das schon bei der unwiderruflichen Vollmacht und wiederholt Gesagte: Die Vollmacht bedarf allein schon deshalb der Form, weil sie zur Vornahme eines der Form des § 313 Satz 1 BGB bedürftigen Rechtsgeschäfts erteilt wird. Denn was heißt schon, die Vollmachterteilung legt mit bindender Wirkung die Veräuße-

79) Urteil des 5. Zivilsenats des BGH vom 11. Juli 1952 in NJW 1952, S. 1210 f

80) Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 20. März 1925 in RGZ Bd. 110, S. 319 ff; RG in Warn.Rspr. 1942, Nr. 76

81) Urteil des OLG-München vom 28. Juni 1950 in DNotZ 1951, S. 31 ff

rungsverpflichtung des Machtgebers fest ? Wer hindert ihn daran, sich doch wieder vom Vertrag loszusagen, nämlich dadurch, daß er dem Bevollmächtigten seine Zuständigkeit rechtzeitig wieder entzieht ?

§ 20 Erteilung der Vollmacht an den Rechtsgeschäftspartner oder eine von diesem abhängige Person

Die Bevollmächtigung ist auch dann der Form des Vertretergeschäftes unterstellt, wenn die Vollmacht dem Erwerber des Grundstücks oder aber, was gleichbehandelt wird ⁸²⁾, einer von diesem abhängigen Person erteilt wird ⁸³⁾.

Hier liege, so sagen die Gerichte, vielleicht der äußeren Form nach eine Vollmacht vor, in Wahrheit solle aber die Bevollmächtigung denselben Zwecken dienen und diene sie auch wie der Abschluß des Hauptgeschäftes ⁸⁴⁾.

Weil in diesen Fällen die Vollmacht einen Teil des der Form unterliegenden Hauptgeschäftes bilde, sei der Grundsatz des § 167 Abs. II BGB nicht anwendbar. Vielmehr müsse auf die entsprechende Formvorschrift des Hauptgeschäftes zurückgegriffen werden. Das gelte sowohl für die Fälle, in denen nach dem Inhalt der Vollmacht der Bevollmächtigte selbst als Erwerber feststehe oder sogar schon mit der Vollmachterteilung der Kaufpreis fest bestimmt werde ⁸⁵⁾, als auch dann, wenn etwa bevollmächtigte Angestellte entweder als Werkzeuge beider Parteien dienten ⁸⁶⁾ oder aber nach den

82) Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 28. April 1911 in RGZ Bd. 76, S. 182 f: "Diese Art der Bevollmächtigung eines Dritten steht sachlich der dem Vertragsgegner selbst erteilten Vollmacht gleich und ist deshalb, was die Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB betrifft, auch gleich zu beurteilen"

83) Rosenberg in JW 1920, S. 966;
 Staudinger - Coing zu § 167, Anm. II 4;
 BGB-RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 9;
 BGB-RGRK (Denecke) zu § 313, Anm. 3c;
 Soergel-Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 8

84) Urteil des RG vom 3. Januar 1920 in RGZ Bd. 97, S. 332 ff

85) Beschluß des Bay. OLG vom 3.1.1934 in Bay. OLG 34, S. 27 ff

86) Urteil des RG vom 30. Juni 1913 in Warn. Rspr. 1913, Nr. 396

Weisungen allein des Käufers und als dessen willenslose Vertreter tätig würden ⁸⁷⁾, "nur nach außen hin scheinbar unabhängig, tatsächlich ohne eigenen Willen handelnd" ⁸⁸⁾.

In diesen letzteren Tatbeständen bestehe die Aufgabe der "Bevollmächtigten" lediglich darin, den durch den ihnen erteilten Auftrag in allen Teilen bereits festgelegten Kaufvertrag zu notariellem Protokoll zu erklären ⁸⁹⁾.

In Wahrheit liegen aber die Dinge doch so: Wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht dem Erwerber selbst oder einer von diesem abhängigen dritten Person erteilt, so ist das wiederum allein seine Sache. Er wird wissen, warum er das tut. Er wird sich klar machen, daß er sich damit weitgehender als bei einer anderen Vollmacht in die Hände des Geschäftspartners begibt. Er wird das nicht leichtfertig tun. Rechtlich hat er im übrigen wieder nur das eine getan, nämlich den Vertreter bevollmächtigt, zuständig gemacht, für ihn -wobei er das Recht dazu persönlich durchaus behalten hat- das Rechtsgeschäft abzuschließen.

Wenn man jedoch völlig zu Recht auch in diesen Fällen Einhaltung der Rechtsgeschäftsform schon für die Vollmacht verlangt, so deshalb, weil diese Vollmacht im engsten Zusammenhang mit dem späteren Vertretergeschäft steht, dessen Formpflicht auf den Akt der Vollmachterteilung herübergreift.

§ 21 Die Vollmacht als "äußeres Gewand" der Veräußerungsverpflichtung

Ferner verlangt die Rechtsprechung immer dann eine formgebundene Vollmacht, wenn diese gleichsam als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäftes erscheint, das seinerseits der

87) Urteil des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 28. April 1911 in RGZ Bd. 76, S. 182 ff; Beschluß des 1. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. August 1940 in DNotZ 1940, S. 438 f

88) Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 3. Januar 1920 in RGZ Bd. 97, S. 332 ff

89) Urteil des 5. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1921 in Seuff.Arch. Bd. 77, Nr.61

durch eine Formvorschrift festgelegten Form bedarf ⁹⁰⁾, wenn also der Fall gegeben ist, daß das Rechtsgeschäft, das die Parteien beabsichtigen, in eine Vollmachterteilung "eingekleidet" wird ⁹¹⁾, daß sich die Vollmacht nur als das "äußere Gewand" des beabsichtigten Rechtsgeschäftes darstellt ⁹²⁾.

Es handelt sich in diesen Fällen, so sagt die Rechtsprechung, nicht um eine Vollmachterteilung zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages, sondern um einen Vertrag, in dem den Leistungen des angeblichen Vollmachtgebers Gegenleistungen des angeblich Bevollmächtigten gegenüberstehen und der nur in die Form einer Vollmacht gebracht worden ist. Eine derartige Vollmacht unterliege aber wie das Grundstücksveräußerungsgeschäft selbst der Form des § 313 BGB, da andernfalls auf dem Wege über die Bestimmung der Formfreiheit der Vollmacht in § 167 Abs. II BGB das Formerfordernis für den Vertrag umgangen würde ⁹³⁾.

Bei der Entscheidung der Frage, ob die Vollmacht von vorneherein zwecks Abschlusses eines Grundstücksverkaufes zwischen dem Vollmachtgeber und -nehmer erteilt worden sei, "ob sich in der Einräumung der Ermächtigung zum Verkauf des Grundstücks die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung verhülle" ⁹⁴⁾, kommt es nach Ansicht der höchststrichterlichen Recht-

90) Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 5. Februar 1902 in RGZ Bd. 50, S. 163 ff

91) Urteil des 2. Zivilsenats des RG vom 12. April 1912 in RGZ Bd. 79, S. 212 ff;
RG in JR 1925, Nr. 1002;
Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 9. Juni 1920 in JW 1920, S. 966 f;
RG in HRR 1928, Nr. 304

92) RG in Warn.Rspr. 1930, Nr. 92;
Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 22. Juni 1933 in DNotZ 1933, S. 642 ff;
Leitsatz von RG in JW 1928, S. 2516;
Beschuß des 1. Zivilsenats des KG vom 7. Januar 1926 in Rspr.OLG Bd. 45, S. 115

93) RG in RGZ Bd. 62, S. 335 ff

94) Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 9. Juni 1920 in JW 1920, S. 966 f

sprechung auch hier auf den nach den Umständen des Einzelfalles zu ermittelnden Willen der Beteiligten und den von ihnen mit der Ausstellung der Vollmacht beabsichtigten Zweck an 95).

Man kann jedoch nicht ernstlich behaupten, daß eine Vollmacht nur das "äußere Gewand" für das Verpflichtungsgeschäft darstelle, denn rechtlich ist auch hier mit der Vollmachterteilung nur eine Vorstufe zum Verpflichtungsgeschäft betreten.

Tatsächlich mag in einigen Fällen diese Wirkung der Vollmacht, die man mit dem Ausdruck "äußeres Gewand" belegt hat, gegeben sein, nämlich deshalb, weil der Vollmachtgeber seinerseits nichts mehr unternimmt, sondern im vorherigen Einverständnis mit dem Vertreter diesem allein die Initiative überläßt.

Das bedeutet jedoch einen zusätzlichen Verzicht des Vollmachtgebers auf seine eigene Zuständigkeit, die ihm trotz Vollmachterteilung in jedem Falle verblieben ist.

Sollte er, aus welchem Grunde auch immer, eines Tages anderen Sinnes sein und das Vertretergeschäft als eigenes vornehmen wollen, so hindert ihn in all diesen Fällen nichts daran, mag er auch dem Vertreter gegenüber in irgendeiner Weise zum Schadenersatz oder zu einer Vertragsstrafe verpflichtet werden.

Die Vollmacht bedarf der Form auch hier nur aus dem immer wieder angeführten Grunde: Weil Vollmachterteilung und Vertretergeschäft zusammengehören und dessen Formpflicht jene als notwendige Folge mitergreift.

95) RG in JR 1925, Nr. 1002;
Urteil des 6. Zivilsenats des RG vom 22. Juni 1933 in DNotZ 1933, S. 642 ff;
Urteil des OLG-München vom 8. September 1937 in DNotZ 1938, S. 165 f

§ 22 Vollmachterteilung zur "Verschleierung" des in
Wahrheit von den Parteien beabsichtigten Geschäftes

Das Formerfordernis der Vollmacht zu einem formgebundenen Vertretergeschäft begründet die Rechtsprechung schließlich noch auf folgende Weise: "Die zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages erteilte Vollmacht wäre an und für sich gemäß § 167 Abs. II BGB formfrei, bedürfe aber nach § 117 Abs. II BGB dann der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn sie nur scheinbar ein Hilfsgeschäft zu dem Grundstücksveräußerungsvertrage darstelle, in Wirklichkeit aber bereits die rechtliche oder tatsächliche Bindung des Vollmachtgebers im Sinne einer Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks enthalte, wenn mit Vollmachterteilung zwischen den Parteien der Vertrag mit dem Ziel der Grundstücksveräußerung bereits abgeschlossen sei, der durch die Vollmacht lediglich "verdeckt" werden sollte" 96).

Die Rechtsprechung wendet sich also -mit Billigung des Schrifttums 97)- dagegen, daß unter Mißbrauch der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB über die Formfreiheit der Vollmacht die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB im Sinne von § 117 Abs. II BGB "umgangen" wird 98).

96) Urteil des 2. Zivilsenats des OLG-Stuttgart/Karlsruhe vom 27. Juli 1949 in DNotZ 1950, S. 166 ff; RG in JW 1930, S. 1300 ff; BGH in NJW 1952, S. 1210 f

97) Staudinger-Werner zu § 313, Anm. II A, 3a: "Wenn die Form der Vollmacht gewählt wird, um den in Wahrheit abgeschlossenen Veräußerungsvertrag zu verschleiern; in diesem Falle unterliegt nach § 117 Abs. II BGB die Vollmacht der Formvorschrift des § 313 BGB"

98) Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 16. März 1942 in Seuff.Arch.Bd. 96, Nr. 32; RG in JW 1929, S. 1968 f; Urteil des 5. Zivilsenats des RG vom 30. Oktober 1926 in DJZ 1927, S. 884 f; KG in DNotZ 1937, S. 687 f; Urteil des OLG-München vom 28. Juni 1950 in DNotZ 1951, S. 31 ff; Enneccerus-Nipperdey § 184 II 1; BGB-RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 10; Staudinger-Seufert, § 925, Anm. C II 5a; Warneyer zu § 167; Oertmann zu § 313, Anm. 2c; Dernburg aaO., Bd. II, S. 193; Kersten-Künzel aaO., S. 94; Goltermann aaO., S. 272; Walsmann aaO., S. 2516; Hilderscheid aaO., S. 559; Palandt-Danckelmann § 167, Anm. 1

Man kann jedoch nicht davon sprechen, daß die Parteien mit der Vollmachterteilung das Vertretergeschäft verschleiern wollen. Es ist vielmehr so, daß die Beteiligten tatsächlich in jedem Falle Vollmacht erteilen wollen. Sie wollen gar nicht etwas anderes verdecken. Ihre Absicht geht dahin, das, was sie erklären, nämlich Vollmacht zu erteilen, auch zu wollen, so daß für die Anwendung des § 117 Abs. II BGB schon seinem Wortlaut nach keine Möglichkeit verbleibt.

Es geht meines Erachtens nicht an, durch eine -zudem noch unzutreffende- Konstruktion eine Begründung für die Formpflicht der Vollmacht zu suchen und dabei die naheliegendste Lösungsmöglichkeit in Abrede zu stellen. Gewiß, es dürfte schwerfallen, eine seit Jahren geübte und vertretene Theorie, die Repräsentationstheorie, plötzlich aufzugeben und nunmehr doch die als richtig erkannte Verbindung von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft zu bejahen. Aber dieser Weg muß beschritten werden, wenn man eine wirklich umfassende Lösung des Problems der Vollmachterteilung zu formpflichtigen Vertretergeschäften erreichen will.

§ 23 Das Zusammentreffen von § 167 Abs. II BGB mit anderen Formbestimmungen des Gesetzes als § 313 Satz 1 BGB

Über das Verhältnis von § 167 Abs. II BGB zu § 313 Satz 1 BGB hinaus nimmt die Lehre noch zu anderen Fällen Stellung, in denen es zu einem Zusammentreffen von § 167 Abs. II BGB und Formvorschriften für Vertretergeschäfte kommt.

Was die Übertragung eines Erbteils angeht, so steht die herrschende Lehre auf dem Standpunkt, daß die Vollmacht hierzu der Form bedürfe, wenn durch ihre Erteilung eine ähnliche Rechtslage geschaffen werde wie durch einen Veräußerungsvertrag oder wenn der Vollmachtnehmer ermächtigt werden sollte, ohne Rücksicht auf eine etwaige abweichende Willensentschlies-

sung des Vollmachtgebers den Erbteil an sich selbst zu übertragen 99).

Für den "Vertreter in der Erklärung", etwa bei Abschluß eines Adoptivvertrages, fordert die Literatur die Erteilung einer gerichtlichen oder notariellen Spezialvollmacht 100).

Auch die vom Vorstand eines Vereins erteilte Vollmacht zur Vornahme von Verpflichtungsgeschäften soll der Form bedürfen, die für die Vereinsorgane selbst im Falle der Eingehung solcher Verpflichtungsgeschäfte vorgeschrieben sei 101).

Ferner: Die Vollmacht zur Unterzeichnung eines GmbH-Gesellschaftsvertrages bedürfe der gerichtlichen oder notariellen Form 102). Analog sei zu entscheiden in den Fällen der Kapitalerhöhung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Schließlich betont die herrschende Lehre die grundsätzliche Formfreiheit einer Vollmacht, die zur Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH gemäß § 15 Abs. III GmbH Ges. berechtigt 103).

Das ergebe sich aus dem Zweck und Sinn des § 15 GmbH Ges., der nicht den Schutz des Veräußerers bezwecke, sondern die freie Veräußerung von Geschäftsanteilen und den Handel mit diesen wie mit Aktien verhindern wolle. Damit folglich der

-
- 99) Müller - Freienfels aaO., S. 289;
 Kipp - Coing § 105 V 2 (S. 396);
 BGB - RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 11;
 BGB - RGRK (Kregel) zu § 2033, Anm. 4;
 Staudinger - Lehmann zu § 2033, Anm. I 4;
 Soergel-Ehard/Eder zu § 2033, Anm. 8;
 Hilderscheid aaO., S. 561 und 562;
 RG in JW 1930, S. 1300 ff;
 KG in DNotZ 1937, Anm. 687 f;
 Bay.OLG in Bay.OLGE 1954, S. 225 f

- 100) Soergel-Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 11;
 Palandt-Danckelmann zu § 167, Anm. 1

- 101) Soergel-Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 11

- 102) BGB - RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 12

- 103) BGB - RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 8 IV;
 Soergel-Siebert (Schultze-v.Lasaulx) zu § 167, Anm. 11;
 Kersten - Künzel aaO., S. 648;
 Ehrenberg - Feine aaO., S. 380;
 Müller - Erzbach aaO., S. 342 f;
 Scholz zu § 15 GmbH Ges., Anm. IV 7

Zweck des § 15 GmbH Ges. erreicht werde, müsse die Vollmacht den Bevollmächtigten namentlich nennen, damit nur durch diesen ein einmaliger Verkauf und eine einmalige Abtretung erfolgen könne ¹⁰⁴⁾.

7. Kapitel

Die Meinungen der "Außenseiter" zum Problem dieser Abhandlung

§ 24 Rechtssicherheit als Grundsatz und höchstes Ziel

Den Außenseitern geht es in ihren jeweiligen Abhandlungen allein um die Erreichung einer gewissen Rechtssicherheit. Sie stellen sich dabei auf den Standpunkt, nur das Festhalten an § 167 Abs. II BGB gebe ihnen hierfür eine gewisse Gewähr. Wie der Zustand jetzt sei, lasse er die erforderliche Klarheit vermissen. Denn "es werde bei der Verfolgung des Zieles, dem Zweckgedanken des § 313 BGB nicht zu schaden, ein nicht in sich gefestigtes System von Begründungen aufgestellt" ¹⁰⁵⁾ und "die Rechtsprechung dränge mit ihren Ergebnissen zu der ungesetzlichen Folgerung, § 313 BGB beispielsweise auf alle Grundstücksveräußerungen auszudehnen" ¹⁰⁶⁾. Auch in dieser Untersuchung wird davon ausgegangen, daß Rechtsprechung und Schrifttum durch die allzu starke Differenzierung der Tatbestände, in denen sie im Gegensatz zu § 167 Abs. II BGB die Vollmacht der Form des Vertretergeschäftes unterstellen, allzu unklar und für den Laien nur

104) BGB-RGRK (Kuhn) zu § 167, Anm. 8 IV;
 Scholz zu § 15 GmbH Ges., Anm. IV 7;
 Hachenburg-Schilling zu § 15 GmbH Ges., Anm. 24;
 Katzenstein in JW 1916, S. 1182 f;
 Hilderscheid aaO., S. 562;
 Ehrenberg-Feine aaO., S. 380;
 Palandt - Danckelmann zu § 167, Anm. 1;
 RGZ Bd. 87, S. 246 ff; RGZ Bd. 135, S. 70 ff;
 BGHZ Bd. 13, S. 49 ff

105) Georg Klimek, Dissertation, S. 17

106) Rischawy in Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift 1930, S. 271 ff (S.271)

schwer zu verstehen sind. Eine einheitliche Lösung für alle Fälle der Kollision der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB mit Formvorschriften für die beabsichtigten Rechtsgeschäfte ist wünschenswert und auch das Ziel dieser Abhandlung.

§ 25 Ablehnung der einhelligen Auffassung, § 167 Abs. II BGB gelte unbeschränkt auch bei der Vornahme formgebundener Vertretergeschäfte

Aber die Lösung des Problems geht meines Erachtens nicht dahin, § 167 Abs. II BGB unbeschränkt gelten zu lassen, sondern grundsätzlich muß die Form des beabsichtigten Grundstücksveräußerungsgeschäftes auch schon für die Vollmachterteilung verlangt werden.

Diese Lösung läßt sich allerdings nicht so begründen, wie es Albrecht versucht, der die Form für die Vollmacht fordert, "da man nicht vorsichtig genug sein könnte" ¹⁰⁷⁾.

Die Begründung ist vielmehr allein in dem besonderen Verhältnis zu finden, das zwischen Vollmacht und Vertretergeschäft besteht.

Aus diesem Grunde greifen auch alle Begründungen der Außen-seiter für die Ablehnung der herrschenden Auffassung nicht durch.

Es stimmt in gewisser Weise, daß dem Willen des Gesetzes, welches für manche Geschäfte die Einhaltung bestimmter Formen verlangt, auch dadurch entsprochen werden kann, daß der Vertreter gerade die erforderlichen Überlegungen anstellen wird, zu denen der eine Vertragsteil, der sich des Vertreters bedient, bei Selbstvornahme des Geschäftes durch die Einhaltung der vorgeschriebenen Formen angehalten werden

107) Albrecht in Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift 1930, S. 267 ff

soll ¹⁰⁸⁾. Denn der Vertretene hat ja absichtlich einem anderen die Vollmacht erteilt, hat persönlich bewußt auf die Überlegungsmöglichkeit verzichtet, sie auf den Vertreter übertragen.

Es ist ferner richtig, daß dem Notar in den Fällen, in denen der Bevollmächtigte das Rechtsgeschäft vornimmt, die Pflicht zur materiell-rechtlichen Prüfung des Vertrages bleibt. Diese Verpflichtung des Notars hat auch direkt nichts mit der Vollmachterteilung zu tun, sondern wie bei der Selbstvornahme durch den Vertretenen hat in den Fällen der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch einen Vertreter der Notar erst dann seine Tätigkeit zu entfalten, wenn der Vertreter mit dem Geschäftspartner zum Vollzug des Vertrages erscheint. Zu diesem Zeitpunkt wird der Notar in gleicher Weise tätig, wie wenn der Vollmachtgeber selbst erschienen wäre ¹⁰⁹⁾. Im Falle der Selbstvornahme des Rechtsgeschäfts durch den Vertretenen begnügt sich das Gesetz jedoch verständlicher Weise mit der Regelung, das Geschäft durch den Notar zum Schutze der Geschäftspartner und der Allgemeinheit und aus den weiteren bekannten Gründen (Beweissicherung, Kontrolle durch die Rechtsordnung) beurkunden zu lassen. Was sollte vorweg auch beurkundet werden ?

Wenn man dann wie die Außenseiter Vertreter und Vertretenen völlig gleich, in dem einen das zweite Ich des anderen sieht, so ist die daran geknüpfte Folge, erst die Vornahme

108) vgl. hierzu Albrecht aaO., S. 267 ff, S. 271: "Dem Willen des Gesetzes wird dadurch entsprochen, daß derjenige, der bevollmächtigt ist, anstatt und an Stelle seines Vollmachtgebers zu handeln, bei der für den Vertrag selbst vorgeschriebenen Beurkundung den Vertrag und alle seine Bestimmungen gründlich zu erwägen in der Lage ist. Ist damit dem Gesetz vollkommen Rechnung getragen, so ist nicht einzusehen, warum nun auch noch für denjenigen, der seinem Bevollmächtigten die ganzen Überlegungen an seiner Statt anzustellen überläßt, eine notarielle Beurkundung eines Aktes vorgeschrieben sein soll, durch den er seinem Bevollmächtigten an seiner Statt zu erwägen und zu handeln das Vertrauen schenkt".

109) vgl. hierzu Ashert aaO., S. 795 ff, insbesondere S. 796 und 797

des Rechtsgeschäfts selbst durch die Amtsperson beurkunden zu lassen, logisch richtig.

Doch der gewählte Ausgangspunkt ist falsch. Vollmachtgeber und Bevollmächtigter sind zwei durchaus verschiedene Personen, von denen letztere nur die Möglichkeit übertragen erhält, neben dem Machtgeber für dessen Belange zuständig zu sein. Diese Zuständigkeitserklärung ist jedoch von so weittragender Bedeutung, daß sie von vorneherein der besonderen Überlegung bedarf, wenn sie zu Geschäften führen kann, die ihrerseits von größter Wichtigkeit für die unmittelbar Beteiligten und die Allgemeinheit sind. Das ist aus den dargelegten Gründen insbesondere bei einer Vollmacht der Fall, die zu einer Grundstücksveräußerung führen kann. Es ist deshalb auch zu billigen, in einem solchen Falle bereits die Vollmachterteilung der für das Rechtsgeschäft selbst vorgeschriebenen Form zu unterstellen, damit der Schutz der Formvorschrift bereits in dem Augenblick, in welchem der Vertreter dem Vertretenen rechtlich weitgehend gleichgestellt wird, diesem selbst und der am Ablauf der Geschehnisse interessierten Gemeinschaft zuteil wird. Darüber hinaus muß hier aber erneut folgendes festgestellt werden: Die Vollmacht unterliegt dem Formzwang meiner Ansicht nach im wesentlichen deshalb, weil ein Zusammenhang zwischen der Bevollmächtigung und dem auf ihrer Grundlage abgeschlossenen Geschäft besteht ¹¹⁰⁾. Jede Bevollmächtigung erreicht nämlich ihr Ziel, die Herstellung unmittelbarer Beziehungen zwischen dem Drittkontrahenten und dem Vertretenen, doch erst mit dem Abschluß des Geschäftes zwischen dem Vertreter und dem Drittkontrahenten ¹¹¹⁾. Die Formpflicht des Vertretergeschäftes muß sich wegen dieses Zusammenhangs auf die Vollmacht erstrecken, denn den Formvorschriften kommt überragende Bedeutung zu. Bei einer Zusammenfassung von Vollmacht und Vertretergeschäft und damit bei dem Zusammenfallen von § 167 Abs. II

110) Müller - Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 5

111) Müller - Freienfels aaO., S. 4

BGB und den Formbestimmungen des Gesetzes muß § 167 Abs. II BGB weichen.

Mit den Außenseitern wird bejaht ¹¹²⁾, daß die Vollmacht stets Mittel zu einem Zweck ist. Mittels der Vollmacht will man die Vornahme eines Rechtsgeschäftes durch einen Vertreter erreichen. Die Vollmacht stellt ein Hilfsgeschäft dar, das den Abschluß des Hauptgeschäftes erst ermöglichen soll. Das Hilfs- und das Hauptgeschäft zusammen ersetzen erst die Vornahme des beabsichtigten Hauptgeschäftes durch den Vollmachtgeber selbst.

Daraus wird hier aber nicht die Konsequenz gezogen, daß deshalb die Vollmacht zu einem formpflichtigen Geschäft, da sie völlig abstrakt von diesem darstehe wie auch von dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, auf jeden Fall formlos gültig sei. Vielmehr wird aus dem im Gegensatz zur herrschenden Repräsentationstheorie bejahten Zusammenhang zwischen Bevollmächtigung und Vertretergeschäft für die Vollmachterteilung bereits die Formpflicht hergeleitet.

Nicht gefolgt werden kann jedoch Gottschalk ¹¹³⁾ und Wän-

112) vgl. hierzu Bourier aaO., S. 649 ff, S. 656: "Die Vollmacht ist immer Mittel zu einem anderen Zweck, einem Endzweck. Dieser Endzweck ist immer, ganz besonders bei Spezialvollmachten, das Geschäft, zu dessen Vornahme die Vollmacht erteilt ist" und S. 663, 664: "Was nun die Vollmacht betrifft, so ist sie ein Hilfsgeschäft, also ein Geschäft, das seinen Zweck niemals in sich hat, sondern dem Abschluß eines anderen Geschäftes, und zwar des Hauptgeschäftes, dient und nur durch Hinzutreten dieses Hauptgeschäftes seinen Zweck erfüllt. Die Vollmacht kann das Hauptgeschäft nie ersetzen, weil dieses erst hinzukommen muß. Die Vollmacht zusammen mit dem Hauptgeschäft ersetzt die Vornahme des Hauptgeschäftes durch den Vollmachtgeber selbst"

113) Gottschalk in IheringsJ Bd. 79, S. 212 ff und gleichlautend in Rechtsfragen der Praxis, Bd. 53, S. 34: "Das Gesetz gebietet unseres Erachtens Formfreiheit auch der unwiderruflichen Vollmacht. Machen die Parteien aber von dieser ihnen in § 167 Abs. II BGB gebotenen Möglichkeit Gebrauch, so "umgehen" sie auch nicht den § 313 BGB ... Sollte auch für den § 313 BGB eine Ausnahme insofern gelten, als bereits das Hilfsgeschäft dem Formzwang dieser Bestimmung unterliegen sollte, so hätte eine solche Anordnung gegenüber dem klaren Wortlaut des § 167 II BGB vom Gesetzgeber getroffen werden müssen"; S. 39: "Da nun aber in § 167 II BGB wie auch das RG anerkennt, grundsätzlich das Gegenteil, nämlich Formfreiheit der Vollmacht zu formbedürftigen Rechtsgeschäften angeordnet ist, kann man nicht im Wege der Rechtsprechung das Gesetz korrigieren"

tig 114), die allein mit dem klaren Wortlaut der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB und der Formvorschriften des Gesetzes, so des § 313 Satz 1 BGB, argumentieren. Wenn sie sagen, § 313 BGB spreche lediglich von dem Verpflichtungsgeschäft, so ist das zwar richtig, aber das ergibt sich vor allem aus der Stellung dieser Bestimmung im Gesetz; insbesondere ist damit nichts gesagt über die Möglichkeit der Ausdehnung von Sinn und Zweck dieser Vorschrift auf Teile, die zu diesem Verpflichtungsgeschäft in irgendeiner Form hinzutreten. Den "Außenseitern" ist im übrigen darin zuzustimmen, daß beinahe alle Begründungen, die die Rechtsprechung und herrschende Lehre besonders für die modifizierten Vollmachten herausgestellt haben, bei näherer Betrachtung durchaus für alle Vollmachten, also auch für die widerruflichen und die nicht von der Beschränkung des § 181 BGB befreiten Vollmachten, gelten. Wenn es ferner bei Klimek ¹¹⁵⁾ heißt, Sinn und Zweck des § 313 BGB seien nur auf das Verpflichtungsgeschäft anwendbar, dann ist dazu eben auch nur zu sagen, daß der § 313 Satz 1 BGB selbst zwar allein das Grundstücksveräußerungsgeschäft ins Auge faßt, auch nur für dieses die Einhaltung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung fordert, § 313 BGB aber seinem Wortlaut nach den Fall gar nicht ansprechen will, in dem ein Vertreter die Grundstücksveräußerung vornimmt. Das hat jedoch zur Folge, daß für diese Tatbestände die richtige Lösung erst noch gesucht werden muß.

114) Wäntig in Festschrift für Oberneck, S. 113 ff; S. 138: "Wenn man lediglich den Wortlaut des BGB berücksichtigen wollte, müßte man auch bei einer auf Vereinbarung beruhenden Unwiderruflichkeit der Vollmacht ihre Formfreiheit bejahen. Denn das BGB kennt für diesen Fall keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 167 Abs. II BGB. Es steht im Widerspruch zu dem Wortlaut des BGB, wenn man für die unwiderrufliche Vollmacht die Form verlangen wollte".

115) Georg Klimek, Dissertation, S. 28 f: "Die Auslegung des § 313 BGB kann nur dahin gehen, daß jeder Vertrag, durch den sich ein Vertragsteil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der Form bedarf. Wäre die Vollmachterteilung zugleich Vertragsantrag, dann wäre allerdings die Forderung nach Formbeachtung berechtigt".

Schließlich soll noch speziell auf die Ansicht von Lewe ¹¹⁶⁾ eingegangen werden. Er unterstützt die Ergebnisse der Rechtsprechung, sucht aber für diese nach einer einheitlichen Begründung.

Er glaubt sie zu finden, indem er § 313 BGB analog -wegen der Übereinstimmung der Interessenlagen bei dem Verpflichtungsgeschäft zur Grundstücksveräußerung und bei der Erteilung einer modifizierten Vollmacht hierzu- auf die entschiedenen Fälle anwendet.

Damit hat er aber nichts anderes getan als Rechtsprechung und herrschende Lehre schon vor ihm. Diese haben das nur nicht so klar ausgedrückt.

Denn immer, wenn sie Sinn und Zweck der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB und beispielsweise des § 313 BGB gegenüberstellen und daraus dann den Schluß ziehen, daß die Vollmacht bereits der Form des Vertretergeschäftes unterliege, wenden sie den § 313 BGB entsprechend an, auch wenn sie das durch immer neue Begründungen zu verwischen suchen.

116) Viktor Lewe, Dissertation, insbesondere S. 28: "Die Tatsache, daß § 313 BGB aus einer Interessenlage heraus entstanden ist, die gleicher Weise gewollte rechtliche wie tatsächliche Bindungen umfaßt, besteht damit aber weiter. Erlaubte Rechtsfindung ermöglicht eventuell die Anwendung des § 313 BGB über den Rahmen seines durch Auslegung gewonnenen Inhalts hinaus, wenn in den Fällen der dem § 313 BGB unterstellten Vollmacht (von der Rechtsprechung) die Interessenlage derjenigen entspricht, die für den § 313 BGB kausal gewesen ist"; ferner S. 35: "Der Richter ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, hier den § 313 BGB entsprechend anzuwenden. Das ist keine Rechtsprechung contra legem, sondern Rechtsprechung gemäß dem richtig erkannten und danach in seinem Inhalt korrigierten Gesetze. Es ist festzustellen, daß die Richtigkeit der Rechtsprechung, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis sich bei Anwendung der entwickelten Grundsätze im großen und ganzen ergibt", und ferner noch S. 36: "Gegenüber den Begründungen, mit welchen der § 313 BGB auf die modifizierten Abschlußvollmachten ohne den Umweg über den § 139 BGB angewandt wird, besteht im Ergebnis kein Unterschied".

8. Kapitel

Die eigene Lösung

§ 26 Grundsätzliches über den Lösungsweg

Es ist in der bisherigen Auseinandersetzung mit dem Problem dieser Abhandlung schon mehrfach angeklungen, auf welchem Wege eine einheitliche Lösung, die im Interesse der Rechtssicherheit angestrebt werden soll, am besten zu finden sein wird.

Die Frage, ob die Bestimmung des § 167 Abs. II BGB Vorrang vor den Formbestimmungen des Gesetzes habe oder nicht, soll untersucht werden in Anknüpfung an die Lehren von der Stellvertretung als solche.

So wird sich meines Erachtens eine eindeutige Antwort für all die Fälle finden lassen, in denen eine Vollmacht zur Vornahme eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes erteilt wird.

Es ist davon auszugehen, daß heute die von Ihering und Laband begründete, sogenannte Repräsentationstheorie die herrschende Stellvertretungslehre ist. Sie baut auf dem Dogma von der "Abstraktheit der Vollmacht". Das bedeutet, die Vollmacht wird unterschieden von den zwischen Vertretenem und Vertreter im Innenverhältnis bestehenden sonstigen Rechtsbeziehungen.

Getrennt von der "Abstraktheit der Vollmacht" ist die Frage zu bescheiden, in welchem Verhältnis die Vollmacht zu dem von dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft (dem Vertretergeschäft) steht. Diese Frage beantwortete die Dogmatik des 19. Jahrhunderts mit der Geschäftsherrntheorie Savignys, der Repräsentations- und der von Mitteis aufgestellten Vermittlungstheorie.

§ 27 Die herrschende Repräsentationstheorie und die
Vorschrift des § 167 Abs. II BGB

Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches übernahm die Repräsentationstheorie, nach welcher das Vertretergeschäft völlig unabhängig von der Vollmacht angesehen wird. Diese soll höchstens Wirksamkeitsvoraussetzung des Geschäftes sein.

Auf diese Lehre stützen sich sowohl Rechtsprechung als auch herrschende Meinung.

Um es noch einmal mit anderen Worten zu sagen: "Sie alle negieren nicht nur die Verbindung zwischen der Bevollmächtigung und dem Auftrag, sondern lehnen auch einen Zusammenhang zwischen der Bevollmächtigung und dem von dem Vertreter mit dem Dritten abgeschlossenen Vertretergeschäft ab" und "erheben die vollkommene Trennung und Verselbständigung des Begründungstatbestandes der Vertretungsmacht vom Tatbestand des Vertretergeschäfts zum Dogma" ¹¹⁷⁾. Mit der Tatsache, daß schon der Gesetzgeber bei der Schaffung der Bestimmungen des Stellvertretungsrechts auf die Repräsentationstheorie aufbaute, ist allein die Entstehung einer Vorschrift wie § 167 Abs. II BGB zu erklären ¹¹⁸⁾.

Denn was anderes betont die Bestimmung des § 167 Abs. II BGB als die vollkommene Trennung von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft, da sie für jene Formfreiheit anordnet, wo dieses der Form unterliegt. Die Frage ist aber die, ob es überhaupt dieser Bestimmung des § 167 Abs. II BGB bedurft hätte, wenn tatsächlich für jeden Rechtsgenossen und auch für die Vertreter der Repräsentationstheorie selbst völlig klar feststanden hätte, daß nur die Leugnung des Zusammenhangs von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft logisch richtig sei.

117) vgl. Müller - Freienfels aaO., S. 4

118) Enneccerus-Nipperdey aaO., § 178 IV, wo es hierzu heißt: "Die Bevollmächtigung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft und kein Teil des vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts. Das ist auch der Standpunkt des BGB und eine Folge der in ihm anerkannten Repräsentationstheorie".

Meines Erachtens beweist die Schaffung der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB folgendes: der Gesetzgeber erkannte wohl, daß ohne diese Bestimmung der Laie jedenfalls häufig dann, wenn er zu einem formgebundenen Rechtsgeschäft Vollmacht erteilen würde, diese in der Form des beabsichtigten Rechtsgeschäftes erteilt hätte, und zwar deshalb, weil für ihn eben doch ein innerer Zusammenhang zwischen der Bevollmächtigung und dem Geschäft besteht, zu dessen Vornahme er die Vollmacht erteilt.

Da der Gesetzgeber bemerkte, daß an dieser Stelle seine Repräsentationstheorie tatsächlich versagte und im Rechtsleben nicht praktikabel war, traf er die Regelung gemäß § 167 Abs. II BGB. Damit erzielte er rein äußerlich eine völlige Trennung von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft.

§ 28 Kritik an der Repräsentationstheorie

Doch beweist die Vielzahl der ergangenen Entscheidungen, daß die im Gesetz getroffene Regelung in der Praxis wenig brauchbar ist.

In all den Fällen, in denen das Vertretergeschäft die Einhaltung der stärksten Form, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, zu seiner Gültigkeit erfordert, wo wegen ihrer überragenden Bedeutung die Form das Rechtsgeschäft selbst weit überstrahlt und Nebenbestimmungen, Vorvertrag und ähnliches miterfaßt, da haben Rechtsprechung und herrschende Lehre immer wieder Ausnahmen von der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB machen müssen. Sie haben damit zugegeben, daß sich die Repräsentationstheorie wenigstens insoweit nicht ohne Einschränkung verwirklichen läßt, als sie sich auf das Verhältnis von § 167 Abs. II BGB zu den Vorschriften, die die Einhaltung einer bestimmten Form für das Vertretergeschäft erfordern und hier vornehmlich den § 313 BGB, bezieht.

Kern der Repräsentationstheorie -um das doch noch einmal

zu wiederholen- ist die Ansicht: Der Vertreter schließt das Rechtsgeschäft ab mit der Folge, daß die Wirkungen kraft gesetzlicher Vorschrift und nach dem Willen der Beteiligten in der Person des Vertretenen eintreten. Deshalb bestimmen sich die Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes auch nach der Person des Vertreters.

Der Auffassung der Repräsentationstheorie läßt sich, um ihre teilweise Unhaltbarkeit zu beweisen, mit einigen einfachen Beispielen entgentreten:

- a) Der A erteilt dem B ohne jede weitere Weisung Vollmacht, eines seiner -des A- Bücher zu verkaufen.
- b) Der A erteilt dem B ohne jede weitere Weisung Vollmacht, bei Gelegenheit seine Bücher und sein Hausgrundstück zu verkaufen.
- c) Der A erteilt dem B Vollmacht, seinen "Wilhelm Busch" zu 40,-- DM an irgendeinen beliebigen Dritten bei Gelegenheit zu verkaufen.
- d) Der A erteilt dem B Vollmacht, sein Hausgrundstück zu 40 000,-- DM an irgendeinen beliebigen Dritten bei Gelegenheit zu verkaufen.
- e) Fall wie c), nur soll die Vollmacht für ein Jahr unwiderruflich sein.
- f) Fall wie d), nur soll die Vollmacht für ein Jahr unwiderruflich sein.

Was den Akt der Bevollmächtigung angeht, so kommen die Anhänger der Repräsentationstheorie zu folgenden Lösungen:

In den Fällen a), b), c) und e) genügt dem Vertreter eine formlose Vollmacht. Hier wird er entweder zu einem nicht formpflichtigen Geschäft bevollmächtigt oder aber, im Fall b), die Vollmacht zur Vornahme der Grundstücksveräußerung ist in keiner Weise modifiziert.

Anders in den Fällen d) und f). Hier muß die Vollmacht zu ihrer Gültigkeit gerichtlich oder notariell erteilt sein, weil im Fall d) die Vollmacht den Vertreter an die Erzielung eines bestimmten Kaufpreises bindet, weil im Fall f) die Vollmacht zudem noch auf ein Jahr unwiderruflich erteilt ist.

Für den Laien gibt diese Verschiedenbehandlung, vor allem, wenn er den Fall b) betrachtet, eine Reihe von Rätseln auf. Wie kommt es dazu ?

Nach der Repräsentationstheorie ist es in allen sechs Tatbeständen so, daß in der Vollmachterteilung durch den A an B sich die Mitwirkung des A an dem beabsichtigten Rechtsgeschäft erschöpft. In der Folgezeit ist es in erster Linie Sache des B, das Geschäft mit dem Dritten C zu tätigen. Selbstverständlich verbleibt dem A persönlich auch noch die Möglichkeit, das Geschäft selbst zu tätigen.

Kaum hat aber der B das Rechtsgeschäft mit dem Dritten abgeschlossen, so trifft dieses mit seinen Wirkungen den Vertretenen A. Dieser wird jetzt wieder in das Geschehen miteingeordnet.

Der Vertretene ist nach der Repräsentationstheorie also gleichsam am Anfangs- und Schlußglied einer Kette, die sich aus den Teilstücken Vollmachterteilung - Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten - Wirkungen des Geschäfts zusammensetzt, handelnd beteiligt. Am Mittelstück nimmt er nicht teil, obwohl gerade da die die Wirkungen des Geschäfts herbeiführenden Absprachen getroffen werden, die ihn ganz besonders interessieren dürften.

So leugnet meines Erachtens derjenige, der mit der Repräsentationstheorie Ernst macht, gleichsam das Interesse des Vertretenen an diesem Mittelglied. Denn er stellt sich auf den Standpunkt, "der Geschäftsabschluß ist allein Sache des Vertreters, nur mit seinen Wirkungen trifft das Geschäft den Vollmachtgeber" ¹¹⁹⁾.

Daß das nicht richtig sein kann, haben für die Fälle d) und f) auch die Vertreter der Repräsentationstheorie erkannt. Notgedrungen machen sie Zugeständnisse an die meiner Ansicht nach allein richtige Auffassung, daß der Vertretene A irgendwie doch vom Anfang bis zum Ende der Kette von Rechtshandlungen beteiligt ist, nämlich in den Fällen, in denen der Vertretene eine modifizierte Grundstücksveräußerungs-

119) Enneccerus-Nipperdey aaO., § 182 II

vollmacht erteilt hat.

Hier ist er auch nach der Ansicht der Vertreter der Repräsentationstheorie wegen der Gefährlichkeit und des Gewichtes des Vertretergeschäftes, das seinerseits zur Gültigkeit der Einhaltung der Form des § 313 Satz 1 BGB bedarf, dazu verpflichtet, die Vollmachterteilung bereits, und zwar zusätzlich, in gerichtlicher oder notarieller Form vorzunehmen. Allerdings gebraucht die Repräsentationstheorie insoweit die Begründung, daß sich hier der Vollmachtgeber ja binde wie mit der Verpflichtungserklärung selbst. Daß das nicht stimmt, weil die unwiderrufliche Vollmacht rechtlich eben nichts anderes ist als eine nicht modifizierte Vollmacht, wurde oben schon erörtert.

Immerhin wird aber für diese Fälle von den Vertretern der Repräsentationstheorie eingeräumt, daß das Vertretergeschäft selbst, nicht nur seine Rechtsfolgen von solcher Wichtigkeit sind, daß es nur mit der Vollmachterteilung zusammen gesehen werden kann. Der Vollmachtgeber hat nicht nur ein Interesse an den Wirkungen des Vertretergeschäftes, er will auch von vorneherein Einfluß nehmen auf den Willen des Vertreters und auf dessen entsprechende Erklärungen.

Das geschieht dadurch, daß er durch eine Amtsperson die Erklärung der erweiterten Zuständigkeit seines Vertreters und ihren Rahmen beurkunden läßt. So zeigt der Machtgeber dem, den er als Vertreter beruft, ganz besonders deutlich das, was er von dessen Tätigkeit erwartet. Den Vertretenen interessiert nicht allein, daß er dem Vertreter durch dessen Bevollmächtigung die Wirksamkeitsvoraussetzung für das anschließende Vertretergeschäft einräumt, sondern gerade dieses Vertretergeschäft selbst.

Hier wird nicht so verfahren, daß der A den B formlos bevollmächtigt und ihn dann gewähren läßt, bis ihn -den A- die Wirkungen des Geschäfts treffen. In diesem Falle soll A bereits im Zeitpunkt der Bevollmächtigung des B genau das tun, was dieser später bei Abschluß des Geschäftes unternimmt. Er soll bei der Vollmachterteilung die Vor- und Nach-

teile des Geschäfts erwägen. Seine Vollmachterteilung kann er daher wirksam nur in gerichtlicher oder notarieller Form vornehmen, weil gerade die Einhaltung dieser Form Zeit zum Nachdenken und Überlegen gibt. Hier wird meines Erachtens, wenn auch nicht ausdrücklich, zugestanden, daß der A gar nicht Vollmacht erteilen kann, ohne nicht das Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme er den B bevollmächtigt, ganz genau in seine Überlegungen, die ihn zum Ausspruch der Bevollmächtigung veranlassen, miteinzubeziehen.

Die hier nachgewiesene Durchbrechung der Repräsentationstheorie gilt im Grunde aber auch für alle anderen Beispiele. Das beweist, daß die Repräsentationstheorie wenigstens in diesem Bereich der Anwendung des § 167 Abs. II BGB nicht den Anspruch der allein richtigen Stellvertretungslehre erheben kann.

Es ist wohl kein Fall denkbar, in dem der Vertretene A nicht schon bei Vollmachterteilung das spätere Geschäft des Vertreters ins Auge faßt. Das gilt auch für die Fälle einer Generalvollmacht oder einer Prokura.

Denn wie bei jeder anderen Vollmacht bestimmt sich der Umfang einer Generalvollmacht nach dem Willen des Vollmachtgebers¹²⁰⁾. Wenn dieser seinen Vertreter zum Generalbevollmächtigten erklärt, dann findet er sich eben von Anfang an damit ab, daß dieser alle Geschäfte für ihn vornehmen kann und wird, die vom Umfang der Vollmacht miterfaßt werden. Den Vertretenen schützt jedoch auch bei der Generalvollmacht das innere Verhältnis zwischen ihm und dem Vertreter, welches diesem die Grenzen setzt. Denn "auch die Generalvollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber gegenüber nicht zu Geschäften, gegen dessen ausgesprochenen Willen"¹²¹⁾. Das gleiche gilt für die Prokura, die zudem noch gesetzlich beschränkt sein kann (§ 49 Abs. II BGB).

120) Erman - Böhle/Stamschräder zu § 167, Anm. 7;
Staudinger - Coing zu § 167, Anm. 13

121) BGB-RGRK (Kuhn) zu § 166, Anm. 26

Erteilt A dem B Vollmacht, eines seiner Bücher zu verkaufen, so hat er sich von vornherein damit abgefunden, daß der B unter Umständen sein Lieblingsbuch veräußert, es eventuell zu einem gar nicht angemessenen Preis verschleudert. Er ist aus welchem Grunde auch immer damit einverstanden, denn anderenfalls hätte er die Vollmacht gewiß näher spezifiziert.

Das ganze Geschäft ist von dem Vertretenen bei der Vollmachterteilung gesehen worden: Eines Tages wird das Buch verkauft sein und er wird entweder eine oder hundert Deutsche Mark dafür erhalten. Alles, was bis zu diesem Augenblick geschehen wird, interessiert den Vertretenen bereits bei Erteilung der Vollmacht an den Vertreter. Das gleiche läßt sich auch für die übrigen Beispiele anführen. Ob B ein Buch oder alle Bücher des A verkaufen darf, ob der B das Hausgrundstück allein oder zusammen mit anderen Gegenständen veräußern soll, ob B hinsichtlich der Abwicklung des Geschäftes an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist oder nicht, spielt doch insoweit keine entscheidende Rolle, als der Vertretene A in allen Fällen Vollmacht erteilt gerade zu dem Geschäft, das er sich -vielleicht bis in alle Einzelheiten- vorher überlegt hat.

Wenn in den einen Fällen die Vollmacht einer bestimmten Form bedarf, nämlich der des Vertretergeschäfts, in den anderen jedoch nicht, dann folgt das nicht allein aus dem bestehenden Zusammenhang von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft; dieser ist auf jeden Fall zu bejahen. Darüber hinaus ist jedoch die Tatsache entscheidend, daß das Vertretergeschäft in jenen Fällen (bei den Grundstücksveräußerungen) formgebunden vorgenommen werden muß, in diesen (Buchverkäufen) aber nicht.

Es stimmt, daß rein äußerlich, für jeden sichtbar, allein der Vertreter B die Geschäfte mit dem jeweiligen Kontrahenten abschließt. Der Vertragsschluß entspringt seinem Willen, er gibt die erforderlichen Erklärungen ab. Er sagt: ich handle im Namen des A !

Aber auch die Repräsentationstheorie muß an dieser Stelle zugeben, daß der "Wille des Vertretenen" -also des A- "einerseits einen Bestimmungsgrund für den Willen des Bevollmächtigten und für dessen Inhalt bildet und andererseits dem Vertreter die Vertretungsmacht gibt" ¹²²⁾.

Anstatt jedoch aus diesen Voraussetzungen die Folge zu ziehen, daß, wenn der Vertretene schon erstens allein aus seinem Willensentschluß die Vollmacht erteilt und zweitens durch seinen Willen die Willensentschließung des Vertreters in Inhalt und Betätigung vorausbestimmt, der Vertretene auf diese Weise doch wenigstens im Innenverhältnis am Geschäftsabschluß durch den Vertreter teilnimmt und nicht allein darauf wartet, daß ihn die Wirkungen des Geschäfts treffen, fährt die Repräsentationstheorie fort, "daß weder der Bestimmungsgrund noch die Erteilung der Vertretungsmacht Bestandteile des Geschäftsabschlusses seien" ¹²³⁾.

§ 29 Die Geschäftsherrntheorie; kritische Würdigung

Gegen diese Auffassung der Repräsentationstheorie von der Trennung von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft haben sich vor Jahren schon Mitteis ¹²⁴⁾ und Lenel ¹²⁵⁾ mit der von ihnen entwickelten Vermittlungstheorie, vor allem aber die Vertreter der hier nur am Rande interessierenden Geschäftsherrntheorie gewandt.

Die Geschäftsherrntheorie sieht als den im Rechtssinne handelnden Geschäftspartner nur den Vertretenen an. Sie stellt sich den Vertreter als dessen bloßes Organ vor. Deshalb bestimmt sie nicht nur die Wirkungen, sondern auch die Voraussetzungen des Vertretergeschäfts allein aus der Person des Vollmachtgebers.

122) Enneccerus - Nipperdey aaO., § 182 II

123) Enneccerus - Nipperdey aaO., § 182 II

124) Mitteis "Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht", Wien 1885

125) Lenel in IheringsJ Bd. 36 (1896), S. 1 ff

Daß die Geschäftsherrntheorie für das Recht der Stellvertretung wenig praktikabel ist, liegt auf der Hand. Mit ihrer Befolgung verlöre das Institut der Stellvertretung seinen Sinn.

Der "Stellvertreter" wäre nur noch der verlängerte, ausführende Arm des "Vertretenen", sein willenloses Werkzeug. Denn in Wahrheit nimmt nach der Geschäftsherrntheorie ja der "Vertretene" selbst das "Vertretergeschäft" vor.

Deshalb müßten in seiner Person schon alle Voraussetzungen erfüllt sein, die die Wirksamkeit des "Vertretergeschäftes" bedingen. Folglich müßte auch die "Bevollmächtigung" zu einem formpflichtigen Rechtsgeschäft stets, auch bei "Vollmachterteilung" zu einem nur der Schriftform bedürftigen Geschäft, in der für dieses vorgeschriebenen Form erfolgen. Entsprechend müßte die Regelung des Gesetzes sein. Eine Bestimmung wie § 167 Abs. II BGB ist bei der Bejahung der Geschäftsherrntheorie nicht denkbar.

§ 30 Die Vermittlungstheorie; ihre Wiederaufnahme durch Müller - Freienfels

Die Vermittlungstheorie erklärt die Wirkungen des Vertretergeschäftes aus einem Zusammenhandeln des Bevollmächtigten mit dem Vollmachtgeber bei der Vornahme des Vertretergeschäftes. Sie bestimmt deshalb die Voraussetzungen teils aus der Person des Vertreters, teils aus der des Vertretenen je nach dem Maß ihrer Beteiligung.

Nach Mitteis ¹²⁶⁾ ergibt sich die richtige Konstruktion der Stellvertretung fast von selbst. Wenn es nicht genüge, den Stellvertreter als Alleinhandelnden anzusehen und den Vertretenen zu einer Null herabzudrücken, wenn es ebensowenig angehe, in die Person des Dominus, des Vertretenen, alles Schwergewicht zu legen und die Handlung des Stellvertreters

126) Mitteis aaO., S. 109, 110

zu einem bloßes Zeugnis seines Willens zu machen, so bleibe nur noch die dritte denkbare Auffassung als mögliche übrig, nämlich die, die vorhandene juristische Handlung zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu verteilen und das Rechtsgeschäft durch ihr Zusammenwirken entstehen zu lassen. Mit anderen Worten: es sei anzunehmen, daß weder der Stellvertreter allein, noch der Vertretene allein und ausschließlich juristisch handle, sondern daß stets sie beide juristisch handelten und beide Erzeuger des Rechtsgeschäftes seien.

Mit dieser Lehre von Mitteis erklärte sich Lenel ¹²⁷⁾ weitgehend identisch und führte dazu unter anderem an: Beruhe die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit der von uns selbst in eigenem Namen abgegebenen Erklärung darauf, daß ihr Inhalt dem beteiligten Dritten von uns als unser Wille kundgegeben wird, so beruhe die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit der von dem Vertreter in unserem Namen abgegebenen Erklärung darauf, daß sie von uns wiederum dem Dritten gegenüber, wenn auch nicht gerade als unser Wille, so doch als mit unserem Willen abgegeben bezeichnet wird. Was dort eine Einheit bilde, falle hier in zwei Erklärungen auseinander.

Wörtlich fährt dann Lenel in der genannten Abhandlung fort: "Die Vollmacht zu einer Offerte, einer Acceptation, einer Kündigung etc. bildet selbst ein integrierendes Stück dieser rechtsgeschäftlichen Erklärungen und teilt daher deren juristische Natur, und auch eine Vollmacht, die allgemeinen Inhalts ist, nimmt in konkreter Anwendung den Charakter derjenigen Willenserklärung an, zu der sie hinzutritt".

Wie Mitteis und Lenel so betont "die Einheit des rechtsgeschäftlichen Gesamttatbestandes entgegen der herrschenden Lehre" neuerdings wieder Müller - Freienfels. Er sagt, "die Bevollmächtigung ist ein essentielles Erfordernis des von dem Bevollmächtigten zuende gebrachten Rechtsgeschäfts" ¹²⁸⁾

Der Auffassung von Müller - Freienfels ist meines Erachtens

127) Lenel aaO., S. 14, 15

128) Enneccerus - Nipperdey aaO., § 182 II b

auch vor der Repräsentationstheorie der Vorzug zu geben. Mehr noch als diese entspricht sie dem tatsächlichen Geschehensablauf. Sie ist in ihrer Konstruktion jedem Laien verständlich, der sich doch, wenn er Vollmacht erteilt, nicht mit den Wirkungen des Vertretergeschäftes begnügen, sondern auch an dessen Abwicklung beteiligt sein möchte. Sie übersieht vor allem nicht wie die Repräsentationstheorie, "daß der Vertretene durch die Bevollmächtigung erst die Wirkung des stellvertretenden Handelns ermöglicht und außerdem weitgehend durch Weisungen an den Vertreter auf das Geschäft einwirken kann" 129).

Darüber hinaus: Für diese Abhandlung führt die konsequente Anwendung der Lehre von Müller - Freienfels zu der meines Erachtens einzig befriedigenden, da alle möglichen Fälle einheitlich erfassenden Lösung.

§ 31 Müller - Freienfels' Stellvertretungslehre 130)

Die Stellvertretung läßt sich weder als "Rechtsgeschäft mit Fremdwirkung" bezeichnen, noch kann man ihr "Wesen" in der "Handlung in fremdem Namen" erblicken.

Der Vertretene selbst begründet vielmehr durch die Bevollmächtigung zusammen mit dem Vertreter die Vertretungsfolge.

So ist der Vollmachtgeber nicht ein "Fremder" oder ein "Dritter", denn er selbst bestellt ja den Vertreter und läßt diesen dadurch für sich handeln.

Durch den Akt der Vollmachterteilung begründet der Vertretene eine "zusätzliche Zuständigkeit" des Vertreters. Dieser wird dadurch mit dessen Willen für den Vertretenen "zuständig" mit dem gleichen Erfolg, wie es dieser für sich selbst als rechts- und handlungsfähige Person ist. Die Vertretungsmacht wird nur begrenzt durch die im Innenverhältnis zwi-

129) Staudinger - Coing zu § 164, Anm. 13

130) vgl. zu § 31 dieser Abhandlung:
Müller - Freienfels aaO., und zwar insbesondere
S. 25, 67, 76, 104, 198, 201, 204, 205, 206, 211,
216, 217, 229, 230

schen den beiden getroffenen Absprachen.

So ist die Vollmachterteilung durch den Vertretenen in gleicher Weise ein Begründungsmoment für die Vertretungsfolge wie das Vertretergeschäft selbst. Die Willenserklärungen des Vertreters und des Dritten beim Abschluß des Vertretergeschäftes bewirken in gleichem Maße wie der mitwirkende, zustimmende Wille des Vertretenen bei der Bevollmächtigung die Zuordnung der Vertretungsfolgen auf diesen.

Entgegen der herrschenden Auffassung bilden Bevollmächtigung und Vertretergeschäft **e i n** Rechtsgeschäft.

Die herrschende Lehre erkennt nur beide Akte für sich als Rechtsgeschäfte an, lehnt ihre Verbindung zu einem Rechtsgeschäft jedoch ab. Nach ihr beschränkt sich der Wille des Vollmachtgebers lediglich auf die Erteilung der Vertretungsmacht.

Richtigerweise muß aber folgendes gelten: Die Bevollmächtigung hat mit Willen des Vollmachtgebers durchaus eine selbständige Rechtsfolge. In sein Belieben ist es gestellt, wie er die Vollmacht von Mal zu Mal gestaltet. Das bedeutet aber auch, daß die Vollmacht durchaus eine selbständige Bedeutung hat. Vor allem gibt sie dem Vertreter die Möglichkeit, eine selbständige Wertung der Rechtsfolgen für und anstelle des Vertretenen vorzunehmen.

Es ist auch logisch durchaus möglich, die Bevollmächtigung als selbständiges Rechtsgeschäft zugleich als Bestandteil eines anderen, aus ihr und dem Vertretergeschäft zusammengesetzten mehrgliedrigen Rechtsgeschäftes anzuerkennen. Denn jede Bevollmächtigung kann mit Willen des Vollmachtgebers zu zweifachen Rechtswirkungen führen.

Nimmt ein Vertreter ein Rechtsgeschäft für den Vollmachtgeber vor, so muß er es seinem Inhalt nach festlegen. Die Bevollmächtigung braucht also nicht den sachlichen Inhalt des Geschäfts zu enthalten. Dem Machtgeber bleibt es überlassen, die Vollmacht bei ihrer Erteilung näher zu umreißen und auf das abzuschließende Geschäft durch Weisungen Einfluß zu nehmen oder aber alles unbestimmt zu lassen. Der wertende Teil des Gesamtgeschäftes liegt folglich noch in der Zukunft. Dort bildet sich die rechtliche "Einheit" der Vertre-

tungsfolge. Sie ist nicht die bloße beziehungslose Summierung der Rechtswirkungen von Vollmacht und Vertretergeschäft als zweier selbständiger Rechtsgeschäfte. Es ist bei dem Vertretergeschäft vielmehr wie bei einem Vertrag. Dieser ist mit der Abgabe der Offerte nicht "perfekt", nicht "begründet", sondern nur teilweise verwirklicht. So ist auch das Vertretergeschäft nur teilweise vollzogen, wenn es ohne die Hinzuziehung der Bevollmächtigung geschlossen wird. Der Tatbestand des Rechtsgeschäftes verwirklicht sich eben nicht allein in der Person des Vertreters, so daß den Vertretenen lediglich die Wirkungen des Geschäfts treffen. Wie beim Selbsthandeln das Rechtsgeschäft als Ganzes in einem Akt vollzogen wird, so erbringen hier bei der Vornahme des Geschäftes unter Zuhilfenahme eines Vertreters zwei Akte -Bevollmächtigung und Vertretergeschäft- den Tatbestandsbeitrag neben- und nacheinander.

Das allein ist mit dem hier bejahten Zusammenhang von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft gemeint.

Auch mit der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB ist es zu vereinbaren, in der Vollmachterteilung einen Bestandteil des vom Vertreter abgeschlossenen Geschäfts zu sehen. Einzig logische Folge dieser Vorschrift braucht nicht die Ansicht zu sein, daß die Bevollmächtigung für sich allein ein Rechtsgeschäft bilde.

§ 167 Abs. II BGB vermag die Zusammenfassung von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft nicht zu widerlegen. Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber der bei der Vollmachterteilung möglichen Interessenverschiebung zu wenig Bedeutung beigelegt hat, als er generell nur das Vertretergeschäft selbst einem für das Rechtsgeschäft bestehenden Formerfordernis unterwarf, läßt sich nicht die Vorstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgern, Tatbestandselement für die Vertretungsfolge sei lediglich das Vertretergeschäft. Denn das Gesetz bejaht auch für die Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft teilweise formalisiert ist, die Einheit des Vertragstatbestandes.

Die allgemeine Erklärung des § 167 Abs. II BGB, die Vollmacht

sei formlos gültig, verstößt auch nicht gegen die Bestimmungen des Gesetzes, die für den ganzen Vertrag oder zumindest für den von der Vollmacht mitumfaßten Geschäftsteil zur Rechtswirksamkeit die Einhaltung einer bestimmten Form verlangen. Doch läßt sich nach Müller - Freienfels eine einheitliche Antwort hier nicht finden.

Wer mit der Vorschrift des § 167 Abs. II BGB Ernst macht und dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches nach eine Vollmacht stets formlos gültig sein läßt, der kann nur so argumentieren, daß der Gesetzgeber die Form nur auf das Vertretergeschäft selbst habe beziehen wollen. Er muß diese dem Buchstaben des Gesetzes zwar entsprechende, mit dem Sinn und Zweck der Formbestimmungen aber nicht zu vereinbarende Lösung bejahen.

Richtigerweise hängt die Entscheidung jedoch davon ab, welches einzelne Moment des Geschäftstatbestandes die Formvorschrift ihrem Sinn nach speziell treffen soll. Die von der Formvorschrift geschützte Interessenexponierung kann einmal im Sektor der Vollmacht, ein anderes Mal im Sektor des Vertretergeschäftes liegen.

Wird beispielsweise eine Vollmacht im fremden Interesse erteilt, so ist die Warnfunktion des § 313 BGB genauso notwendig, wie wenn der Vollmachtgeber selbst das Grundstück dem Dritten anbietet, im Zweifel sogar noch mehr vonnöten; denn bei der Grundstücksveräußerung durch einen Vertreter kann der Vollmachtgeber im Regelfall die Verkaufsbedingungen nicht bestimmen, während er bei eigenem Angebot über deren Einzelheiten oder Ausmaße sich ohnehin Klarheit verschaffen muß.

§ 32 Müller - Freienfels' Anwendung seiner Stellvertretungslehre auf § 167 Abs. II BGB; der Grundsatz

Man sollte bei der Betrachtung der Lehre von Müller - Freienfels darauf schließen, daß dieser für alle formpflichti-

gen Geschäfte, die durch einen Vertreter getätigt werden, die Erteilung der Vollmacht entgegen § 167 Abs. II BGB bereits in der Form des Vertretergeschäftes verlange.

Das ist meines Erachtens die richtige Folge aus der Anerkennung des Zusammenhangs von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft, bei Müller - Freienfels aber keineswegs der Fall.

Vielmehr ist nach seiner Meinung nur "durch eine Wertung im Einzelfall" zu entscheiden, wann die Formvorschrift für das Vertretergeschäft entgegen § 167 Abs. II BGB auch auf die Vollmacht zu deren Rechtswirksamkeit zu erstrecken ist.

Ausgangspunkt dieser Wertung soll der Zweck der einzelnen Formvorschrift sein, wobei zu fragen ist, ob dieser "jeweils vereitelt und damit der Formvorschrift ihre Bedeutung genommen wird, daß der Geschäftsteil "Bevollmächtigung" im Sinne des § 167 Abs. II BGB formlos vorgenommen werden kann" ¹³¹⁾.

Besonders für das Verhältnis von § 167 Abs. II BGB zu § 313 BGB läßt sich nach Müller - Freienfels eine einheitliche Antwort nicht erteilen. Es gebe Fälle, in denen eine formlose Vollmacht ausreiche, aber auch andere, die die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Vollmacht geradezu forderten, weil sonst die Bestimmung des § 313 BGB illusorisch gemacht würde.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß durchaus Tatbestände denkbar sind, in denen trotz der überragenden Bedeutung des § 313 BGB die Vollmacht zur Grundstücksveräußerung ohne Gefahr für den veräußernden Machtgeber formlos wirksam sein könnte. Folgender Tatbestand soll Beispiel dafür sein:

Der A bevollmächtigt seinen besten Freund B zur Veräußerung seines Grundbesitzes. Er weiß, daß B gerade in Grundstücksangelegenheiten ganz besonders versiert und zudem nur darauf aus ist, endlich einmal den A mit einem guten Geschäft erfreuen zu können.

Hier ist die Vollmacht allein im Interesse des A erteilt,

131) Müller - Freienfels aaO., S. 276

der B selbst will gar keinen Gewinn aus dem Abschluß des Geschäftes für sich erzielen. Die formlose Vollmacht kann vor allem deshalb genügen, weil der B auf jeden Fall die für die Schaffung des § 313 BGB entscheidenden Erwägungen bei Abschluß des Vertrages für den A und sogar noch besser als dieser selbst anstellen wird. Jedoch, das möchte einleuchten, ist ein Fall wie dieser ein Ausnahmefall.

Auf der anderen Seite ist mit gleicher Entschiedenheit der Fall zu beurteilen, in dem die Vollmacht wesentlich oder allein im Interesse des Vertreters erteilt wird.

Hier muß die Vollmachterteilung auf jeden Fall schon gerichtlich oder notariell erfolgen, weil nur so der Machtgeber in den Schutz des § 313 BGB gelangt.

Zwischen diesen Polen liegt eine große Anzahl von Tatbeständen, in denen einmal das Interesse des Machtgebers, ein anderes Mal das des Vertreters überwiegt.

Nach Müller - Freienfels ist hier immer anhand einer Interessenabwägung zu entscheiden, ob die Vollmacht formfrei gültig ist oder der Form des § 313 Satz 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit bedarf, ob also der Machtgeber des Schutzes des § 313 Satz 1 BGB bedarf oder nicht.

§ 33 Kritik an der Auffassung von Müller - Freienfels zum Verhältnis seiner Stellvertretungslehre zu § 167 Abs. II BGB

Damit kommt im Ergebnis Müller - Freienfels nicht weit über die Auffassung von Rechtsprechung und herrschender Meinung hinaus. Auch er muß zu einer Vielzahl von Entscheidungen kommen und auch nach seiner Methode wird für jeden Laien, aber auch für manchen Fachmann die Unsicherheit bleiben, ob im Einzelfall die Vollmacht formfrei erteilt werden darf oder nicht, ob bei Befolgung des § 167 Abs. II BGB nicht eines Tages auf dem Prozeßweg das Veräußerungsgeschäft wieder rückgängig gemacht wird.

Der Gewinn der Theorie von Müller - Freienfels liegt allein darin, daß die Einzelfälle nach ein- und demselben Maßstab beurteilt werden: Bei der Entscheidung wird immer auf das Interesse der beteiligten Personen abgestellt und werden nicht, wie bei Rechtsprechung und herrschender Lehre, stets neue Kriterien als maßgebend für die Bejahung oder Verneinung der Formbedürftigkeit der Vollmacht herangezogen. Meines Erachtens liegt aber die Schwäche der Lösung von Müller - Freienfels darin, daß er selbst mit seiner Lehre vom Zusammenhang von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft da nicht Ernst macht, wo diese Lehre gerade ein praktisches, sichtbares Ergebnis erzielen könnte ¹³²⁾.

§ 34 Die Bedeutung der Stellvertretungslehre von Müller - Freienfels in ihrer Anwendung auf die Vollmachterteilung zu formgebundenen Vertretergeschäften; der Grundsatz

Wer konsequent die Auffassung von Mitteis, Lenel und Müller-Freienfels bejaht, daß notwendigerweise zwischen Bevollmächtigung und Vertretergeschäft ein innerer Zusammenhang bestehen muß, weil der Vollmachtgeber auf jeden Fall ein Interesse am Gesamttatbestand und nicht nur an den Wirkungen des Vertretergeschäftes hat, der kann allein zu diesem Ergebnis kommen:

Wenn für das Vertretergeschäft eine besondere Form vorgeschrieben ist, muß diese von dem Machtgeber schon im Augenblick der Vollmachterteilung eingehalten und auf den Bevollmächtigungsakt angewandt werden.

Schon in diesem Zeitpunkt soll und muß sich nämlich der Machtgeber vor Augen führen, was er unternimmt, wenn er einem anderen die Zuständigkeit einräumt, für ihn, wenn auch nur

132) vgl. hierzu BGB - RGRK (Kuhn) zu Vor § 164, Anm. 2: Er zeigt auch diese Folge der Auffassung von Müller - Freienfels auf, gibt aber der h.L. den Vorzug wegen der Abstraktheit der Vollmacht.

konkurrierend, Rechtsgeschäfte tätigen zu können, die der Gesetzgeber wegen ihrer besonderen Wichtigkeit in bestimmten Formen ausgeführt wissen will.

Die Folge der hier empfohlenen Praxis ist allerdings die, daß die Bestimmung des § 167 Abs. II BGB, wenn sie in Konkurrenz mit Formvorschriften für Rechtsgeschäfte tritt, ausgeschaltet wird. Ein fürwahr nicht erfreuliches Ergebnis!

§ 35 Formgebundene Vollmacht nur bei Vertretergeschäften, die zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen

Es muß von dem für diese Abhandlung herausgestellten Grundsatz, daß die Vollmachterteilung zu formgebundenen Vertretergeschäften bereits in der Form zu geschehen habe, die zur Wirksamkeit jener Geschäfte erforderlich ist, meines Erachtens eine Einschränkung gemacht werden und zwar vernünftigerweise dahin, daß die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB nur für die Fälle verneint werden soll, in denen das Vertretergeschäft wie im Falle des § 313 Satz 1 BGB zu seiner Wirksamkeit der stärksten der im Gesetz vorgesehenen Formen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, bedarf.

Mit anderen Worten: Nach Auffassung dieser Abhandlung soll eine Vollmacht, die zur Vornahme eines der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftigen Rechtsgeschäftes erteilt wird, nur dann rechtswirksam erteilt sein, wenn sie selbst bereits gerichtlich oder notariell beurkundet erklärt wurde!

Diese Lösung läßt sich rechtfertigen, weil die hier angestellte Untersuchung bewiesen hat, daß eine Einhaltung der Bestimmung des § 167 Abs. II BGB für Grundstücksveräußerungsgeschäfte wegen der Bedeutung des § 313 Satz 1 BGB für die von der Grundstückshingabe betroffene Partei nicht durchführbar ist.

Rechtsprechung und herrschende Lehre machen von der Vor-

schrift des § 167 Abs. II BGB -wie wir gesehen haben- in einer Vielzahl von Fällen eine Ausnahme, indem sie die Wirksamkeit der Grundstücksveräußerungsvollmacht an die Einhaltung der Form des § 313 Satz 1 BGB knüpfen.

Nach dieser Abhandlung muß bei Grundstücksveräußerungsvollmachten auf den Grundsatz des § 167 Abs. II BGB völlig verzichtet werden. Die Wirksamkeit einer derartigen Bevollmächtigung wird immer von der Einhaltung der Form des § 313 Satz 1 BGB abhängig gemacht.

Es dürfte erhellen, daß diese Lösung des Problems den Vorteil der geforderten Rechtssicherheit auf jeden Fall zur Seite hat. Wenn in allen Fällen, in denen ein Vertreter zur Vornahme eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes bevollmächtigt werden soll, der Vollmachtgeber die Vollmachterteilung, damit sie rechtswirksam geschehe, öffentlich beurkundet vorzunehmen hat, so ist damit die Möglichkeit zu ständig neuer, Rechtsunsicherheit schaffender Rechtsprechung nicht mehr gegeben.

Eine derartige Praxis bedeutet im Ergebnis keine Erschwerung des Rechtsverkehrs. Zeitraubend und lästig wird der Rechtsverkehr in der Regel erst dann, wenn es zu Rechtsstreitigkeiten kommt. Hier ist nur ein Gang zum Gericht und, wenn man damit nichts zu tun haben will, zum Notar erforderlich, der alles für den Vollmachtgeber klar macht. Er bekommt zudem noch einmal vor Augen geführt, wessen zu begeben er sich anschickt. Ist er aber fest entschlossen, seinen Grundbesitz zu veräußern, dann wird er sogar auf diese Belehrung verzichten können und die gerichtliche oder notarielle Beurkundung seiner Bevollmächtigung an seinen Vertreter in wenigen Augenblicken erledigt haben.

Er hat dann den Vorteil eingehandelt, daß er gewiß sein darf, daß das spätere Vertreter-Veräußerungsgeschäft auf jeden Fall rechtswirksam zustandekommt.

Er ist aber auch nicht der Annehmlichkeit verlustig gegangen, mit den Veräußerungsverhandlungen selbst, die er ja vor allem durch die Zuhilfenahme eines Vertreters vermeiden

wollte, nichts zu tun haben.

Letztlich bleibt nur noch die sehr wichtige Frage zu entscheiden, ob es überhaupt zulässig ist, eine Bestimmung des Gesetzes für einen Fall oder eine Gruppe von Tatbeständen in ihrer Bedeutung gänzlich auszuschalten, wie es hier vorgeschlagen wird.

Oder mit anderen Worten: Läßt ein klarer, unzweideutiger Gesetzeswortlaut, wie § 167 Abs. II BGB ihn uns bietet, Raum für eine Auslegung des Gesetzes in der hier beabsichtigten Weise ?

Einen Rechtssatz "auslegen" bedeutet stets seinen für das Rechtsleben, für die richterliche Entscheidung maßgebenden Sinn klarstellen ¹³³⁾. Diese Auslegung ist auch gegenüber dem sprachlich unzweideutigen Wortlaut nicht ausgeschlossen ¹³⁴⁾.

Von den verschiedenen Möglichkeiten der Gesetzesauslegung kommt für das Problem dieser Abhandlung die "einschränkende Auslegung" in Betracht. Sie ist erforderlich, da im Gesetz eine Lücke vorhanden ist. Diese ist dadurch entstanden, daß eine Norm, § 167 Abs. II BGB, unanwendbar ist und zwar deshalb, weil sie Fälle umfaßt oder Folgen herbeiführt, die der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht so geordnet hätte, wenn sie von ihm erkannt oder bedacht worden wären ¹³⁵⁾.

Die aufgezeigte Gesetzeslücke muß durch ergänzende oder abändernde Rechtsfindung geschlossen werden. Dabei ist nach dem Grundsatz zu verfahren, dass das Gesetz nach seinen eigenen Grundgedanken und unter Berücksichtigung der Grundsätze und Maximen richterlicher Rechtsfindung fortentwickelt werden darf, wenn nicht das Erfordernis der Rechtssicherheit entscheidend dagegen spricht ¹³⁶⁾.

133) Enneccerus - Nipperdey aaO., §§ 53 I, 54 I

134) Staudinger - Coing, Einleitung, Anm. 57

135) Enneccerus - Nipperdey aaO., § 58 a I, 4;
Staudinger - Coing, Einleitung, Anm. 61

136) Enneccerus - Nipperdey aaO., § 59 b I

Diese angesprochene Beschränkung des Gesetzes muß insbesondere dann erlaubt sein, wenn das Gesetz einen ganzen Kreis von Fällen umfassen will und auch umfaßt (so spricht § 167 Abs. II BGB die Vollmachterteilung zu sämtlichen Geschäften, formfreien und formgebundenen an), nun aber ein Fall hervortritt, der zwar unter diese Regel fällt, für den sie aber durchaus unpassend, ja sogar unvernünftig erscheint. Hätte der Gesetzgeber die häufigen Möglichkeiten der Vollmachterteilung zu formgebundenen Vertretergeschäften gekannt oder auch nur bedacht, so hätte er diese Fälle gewiß nicht unter die Regel des § 167 Abs. II BGB gestellt.

Die einschränkende Auslegung ¹³⁷⁾ von Gesetzesbestimmungen ist immer wieder von Rechtsprechung und Wissenschaft geübt worden. Vor allem sei dazu auf den Beschluß des Großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 10. Dezember 1951 ¹³⁸⁾ zu § 400 BGB verwiesen, in dem es unter anderem heißt: "Entgegen dem an sich eindeutigen Wortlaut des § 400 BGB ist diese Möglichkeit (sc. Abtretbarkeit unpfändbarer Unfallrentenansprüche unter gewissen Voraussetzungen) unter Beachtung aller Vorsicht, die eine solche abändernde, aber zweckgetreue Einschränkung einer Verbotsnorm erfordert, zu bejahen, weil sonst der vom Gesetz verfolgte Zweck, den Rentenberechtigten zu schützen, in sein Gegenteil verkehrt würde".

Danach sind der Zweck der fraglichen Vorschrift, aber auch der Wert des Ergebnisses der beabsichtigten Auslegung die entscheidenden Kriterien und Grundlagen für die Schließung der gefundenen Gesetzeslücke. Sie drängen in dieser Untersuchung bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Formvorschriften des Gesetzes, vor allem der Vorschrift des § 313 Satz 1 BGB, zu der aufgezeigten Lösung des Problems, die

137) Nipperdey spricht (in Enneccerus-Nipperdey aaO., § 59 II) hier von "Restriktion" und weist darauf hin, daß es sich hier nicht um eine Verbesserung des Ausdrucks, sondern des Gedankens wie bei der Analogie handele.

138) in BGHZ 4, S. 152 ff

Vollmacht zu einem Vertretergeschäft, das zu seiner Rechtswirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, nur dann gültig sein zu lassen, wenn sie selbst schon in dieser Form erteilt wurde. Im einzelnen, um das noch einmal zusammenzufassen, spricht nämlich für eine derartige einschränkende Auslegung des § 167 Abs. II BGB in erster Linie die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit und Praktikabilität. Die vorgeschlagene Handhabe ist darüber hinaus den Parteien zumutbar, sie entspricht dem Bedürfnis des Verkehrs und ist schon gleichsam Verkehrssitte geworden. Die Lösung wahrt ferner die berechtigten Interessen der Beteiligten, sie wird den Besonderheiten des Falles, zum Beispiel der Vollmachterteilung zu einem Grundstücksveräußerungsgeschäft, gerecht und genügt vor allem den Erfordernissen der Rechtssicherheit.

Schließlich zeigt sich aber auch, daß ein anderer Gesetzgeber (Italien) eine noch viel eindeutiger Lösung des Problems und zwar im Sinne dieser Abhandlung getroffen hat, indem er die Vollmacht zu formpflichtigen Geschäften grundsätzlich deren Form unterstellte.

Aber auch in der österreichischen Rechtspraxis finden wir eine der hier vorgeschlagenen Regelung entsprechende Übung. Die Entscheidung über die Formbedürftigkeit einer Vollmacht soll dort "aus dem Geiste des Gesetzes" ¹³⁹⁾ gefunden werden. Die dabei vollzogene Durchbrechung der auch in Österreich geltenden Repräsentationstheorie der Stellvertretungslehre ist für die problematischen Tatbestände der Vollmachterteilung zu formgebundenen Vertretergeschäften jedoch deshalb leichter gemacht, weil ja eine Vorschrift wie § 167 Abs. II BGB, die entgegenstehen würde, fehlt.

139) Entscheidung des österr. Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen Bd. XIV, 1932, Nr. 58, S. 179 f

L e b e n s l a u f

Am 11. April 1935 wurde ich als 2. Kind des Bankdirektors Dr. rer.pol. Heinrich Paul Wülfig und seiner Ehefrau Hildegard geb. Grote zu Wuppertal-Barmen geboren. Wie meine Eltern besitze ich die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 30. September 1955 bestand ich die Reifeprüfung auf dem Städtischen Altsprachlichen Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasium in Wuppertal-Elberfeld.

Vom Wintersemester 1955/56 an besuchte ich die Westfälische Wilhelms-Universität zu Münster. Dort betrieb ich vom 1. Semester an das Studium der Rechte. Am 12. Dezember 1958 meldete ich mich dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm/Westfalen zur 1. Juristischen Staatsprüfung, die ich am 8. Juni 1959 bestand.

Seit September 1959 befinde ich mich im Juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf.

Peter Gerd Wülfig

Cerd Wasmund, Köln, Kurfürstenstr. 12-14 - Telefon 31324